كتاب

بدائع الصنائع

في

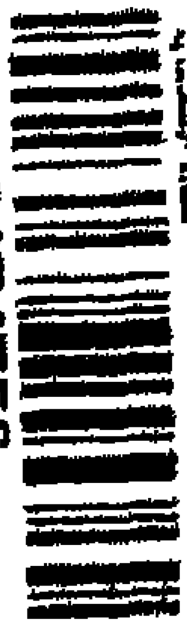
ترتيب الشرائع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي

الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هـ

دار الحديث



كتاب
بدائع الصنائع
في
ترتيب الشرائع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء الخامس

الطبعة الثانية
١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية

بيروت . لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الاستصناع ﴾

يحتاج لمعرفة مسائل هذا الكتاب الى بيان صورة الاستصناع ومعناه والى بيان جوازه والى بيان حكمه والى بيان صفته

﴿فصل﴾ أما صورة الاستصناع فهي أن يقول انسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما اعمل لى خفا أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمن كذا ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته فيقول الصانع نعم وأما معناه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هو مواعدة وليس ببيع وقال بعضهم هو بيع لكن للمشترى فيه خيار وهو الصحيح بدليل ان محمدا رحمه الله ذكر فى جوازه القياس والاستحسان وذلك لا يكون فى العدات وكذا أثبت فيه خيار الرؤية وأنه يختص بالبياعات وكذا يجرى فيه التقاضى وانما يتقاضى فيه الواجب لا الموعود ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع قال بعضهم هو عقد على مبيع فى الذمة وقال بعضهم هو عقد على مبيع فى الذمة شرط فيه العمل وجه القول الاول ان الصانع لو أحضر عينا كان عملها قبل العقد ورضى به المستصنع لجاز ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز لان الشرط يقع على عمل فى المستقبل لا فى الماضى والصحيح هو القول الاخير لان الاستصناع طلب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا فكان مأخذ الاسم دليلا عليه ولان العقد على مبيع فى الذمة يسمى سلما وهذا العقد يسمى استصناعا واختلاف الاسامى دليل اختلاف المعانى فى الاصل واما اذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضى به المستصنع فانما جاز لا بالعقد الاول بل بعقد آخر وهو التعاطى بتراضيهما

﴿فصل﴾ وأما جوازه فالقياس أن لا يجوز لانه بيع ما ليس عند الانسان لا على وجه السلم وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم ويجوز استحسانا لاجماع الناس على ذلك لانهم يعملون

ذلك

ذلك فى سائر الاعصار من غير نكر وقد قال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع أمتى على ضلالة وقال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح والقياس يترك بالاجماع ولهذا ترك القياس فى دخول الحمام بالاجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذى يستعمل وفى قطعه الشارب للسقاء من غير بيان قدر المشروب وفى شراء البقل وهذه المحقرات كذا هذا ولان الحاجة تدعو اليه لان الانسان قد يحتاج الى خف أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة وقلما يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج الى أن يستصنع فلو لم يجز لوقع الناس فى الحرج وقد خرج الجواب عن قوله انه معدوم لانه ألحق بالموجود لمساس الحاجة اليه كالمسلم فيه فلم يكن بيع ما ليس عند الانسان على الاطلاق ولان فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والاجارة لان السلم عقد على مبيع فى الذمة واستئجار الصناع يشترط فيه العمل وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزا

﴿ فصل ﴾ واما شرائط جوازه (فمنها) بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لانه لا يصير معلوما بدونه (ومنها) أن يكون مما يجرى فيه التعامل بين الناس من أوانى الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ولجم الحديد للدواب ونصول السيوف والسكاكين والقسى والنبل والسلاح كله والطشت والقمقمة ونحو ذلك ولا يجوز فى الثياب لان القياس يأبى جوازه وانما جوازه استحسانا لتعامل الناس ولا تعامل فى الثياب (ومنها) أن لا يكون فيه أجل فان ضرب للاستصناع أجلا صار سلما حتى يعتبر فيه شرائط السلم وهو قبض البدل فى المجلس ولا خيار لواحد منهما اذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذى شرط عليه فى السلم (وهذا) قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد هذا ليس بشرط وهو استصناع على كل حال ضرب فيه أجلا أو لم يضرب ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع كالثياب ونحوها اجلا ينقلب سلما فى قولهم جميعا (وجه) قولهما ان العادة جارية بضرب الاجل فى الاستصناع وانما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة فلا يخرج به عن كونه استصناعا أو يقال قد يقصد بضرب الاجل تأخير المطالبة وقد يقصد به تعجيل العمل فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع لان ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الاجل فيه تعجيل العمل فتعين ان يكون لتأخير المطالبة بالدين وذلك بالسلم ولابى حنيفة رضى الله عنه انه اذا ضرب فيه أجلا فقد أتى بمعنى السلم اذ هو عقد على مبيع فى الذمة مؤجلا والعبرة فى العقود لمعانيها لا لصور الالفاظ ألا ترى ان البيع ينعقد بلفظ التمليك وكذا الاجارة وكذا النكاح على أصلنا (ولهذا) صار سلما فيما لا يحتمل الاستصناع كذا هذا ولان التأجيل يختص بالديون لانه وضع لتأخير المطالبة وتأخير المطالبة انما يكون فى عقد فيه مطالبة وليس ذلك الا السلم اذ لا دين فى الاستصناع ألا ترى ان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق ثم اذا صار سلما يراعى فيه شرائط السلم فان وجدت صح والا فلا

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع فى العين المبيعة فى الذمة وثبوت الملك للصانع فى الثمن ملكا غير لازم على ما سنذكره ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الاستصناع فهى انه عقد غير لازم قبل العمل فى الجانبين جميعا بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين ان لكل واحد منهما الفسخ لان القياس يقتضى أن لا يجوز لما قلنا وانما عرفنا جوازه استحسانا لتعامل الناس فبقى اللزوم على أصل القياس (وأما) بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك حتى كان للصانع ان يبيعه ممن شاء كذا ذكر فى الاصل لان العقد ما وقع على عين المعمول بل على مثله فى الذمة لما ذكرنا انه لو اشترى من مكان آخر وسلم اليه جاز ولو باعه الصانع واراد المستصنع ان ينقض البيع ليس له ذلك ولو استهلكه قبل الرؤية فهو كالبائع اذا استهلك المبيع قبل التسليم كذا قال ابو يوسف فأما اذا احضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع وللمستصنع الخيار لان

الصانع بائع مالم يره فلا خيار له واما المستصنع فمشترى مالم يره فكان له الخيار وانما كان كذلك لان المعقود عليه وان كان معدوما حقيقة فقد الحق بالموجود ليمكن القول بجواز العقد ولان الخيار كان ثابتا لهما قبل الاحضار لما ذكرنا ان العقد غير لازم فالصانع بالاحضار اسقط خيار نفسه فبقى خيار صاحبه على حاله كالبيع الذى فيه شرط الخيار للعاقدين اذا أسقط احدهما خياره انه يبقى خيار الآخر كذا هذا (هذا) جواب ظاهر الرواية عن ابى حنيفة وابى يوسف ومحمد رضى الله عنهم وروى عن ابى حنيفة رحمه الله ان لكل واحد منهما الخيار وروى عن ابى يوسف انه لا خيار لهما جميعا (وجه) رواية ابى يوسف ان الصانع قد افسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة فلو كان للمستصنع الامتناع من اخذه لكان فيه اضرار بالصانع بخلاف ما اذا قطع الجلد ولم يعمل فقال المستصنع لا أريد لانا لا ندرى ان العمل يقع على الصفة المشروطة اولا فلم يكن الامتناع منه اضرارا بصاحبه فثبت الخيار (وجه) رواية ابى حنيفة رحمه الله ان فى تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه وانه واجب والصحيح جواب ظاهر الرواية لان فى اثبات الخيار للصانع ماشرع له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع لانه متى ثبت الخيار للصانع فكل ما فرغ عنه يتبعه من غير المستصنع فلا تندفع حاجة المستصنع وقول ابى يوسف ان الصانع يتضرر باثبات الخيار للمستصنع مسلم ولكن ضرر المستصنع بابطال الخيار فوق ضرر الصانع باثبات الخيار للمستصنع لان المصنوع اذا لم يلائمه وطولب بثمنه لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله ولا يتعذر ذلك على الصانع لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك ولان المستصنع اذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته لم يحصل ماشرع له الاستصناع وهو اندفاع حاجته فلا بد من اثبات الخيار له والله سبحانه وتعالى الموفق فان سلم الى حداد حديداً ليعمل له اناء معلوما بأجر معلوم اوجلداً الى خفاف ليعمل له خفاً معلوما بأجر معلوم فذلك جائز ولا خيار فيه لان هذا ليس باستصناع بل هو استئجار فكان جائزاً فان عمل كما امر استحق الاجر وان افسد فله ان يضمنه حديداً مثله لانه لما افسده فكأنه اخذ حديداً له واتخذ منه آنية من غير اذنه والاناء للصانع لان المضمونات تملك بالضمان

﴿ كتاب الشفعة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان سبب ثبوت حق الشفعة وفى بيان شرائط ثبوت حق الشفعة وفى بيان ما يتأكد به حق الشفعة ويستقر وفى بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته وفى بيان ما يملك به المشفوع فيه وفى بيان طريق التمليك وبيان كيفيته وفى بيان شرط التملك وفى بيان ما يتملك به وفى بيان المتملك وفى بيان المتملك منه وفى بيان حكم اختلاف الشفيع والمشترى وفى بيان الحيلة فى ابطال الشفعة وفى بيان انها مكروهة ام لا (اما) سبب وجوب الشفعة فالكلام فيه فى موضعين احدهما فى بيان ماهية السبب والثانى فى بيان كيفيته (اما) الاول فسبب وجوب الشفعة احد الاشياء الثلاثة الشركة فى ملك المبيع والخلطة وهى الشركة فى حقوق الملك والجوار وان شئت قلت أحد الشيئين الشركة والجوار ثم الشركة نوعان شركة فى ملك المبيع وشركة فى حقوقه كالشرب والطريق وهذا عند اصحابنا رضى الله عنهم وقال الشافعى السبب هو الشركة فى ملك المبيع لا غير فلا تجب الشفعة عنده بالخلطة ولا بالجوار احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انما الشفعة فى مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فصدر الحديث اثبات الشفعة فى غير المقسوم ونفيها فى المقسوم لان كلمة انما لاثبات المذكور ونفى ماعداه وآخره نفى الشفعة عند وقوع الحدود وصرف الطرق والحدود بين الجار ين واقعة والطرق مصروفة فكانت الشفعة منفية ولان الاخذ بالشفعة تملك مال المشترى من غير رضاه وعصمة ملكه وكون التملك اضراراً يمنع من ذلك فكان ينبغى ان لا يثبت حق الاخذ اصلا الا انا عرفنا ثبوته فيما لم يقسم بالنص غير معقول المعنى فبقى الامر فى المقسوم على الاصل اوثبت معلولا بدفع ضرر خاص وهو ضرر القسمة لكونه ضررا لازما لا يمكن دفعه الا

بالشفعة فأما ضرر الجوار فليس بلازم بل هو ممكن الدفع بالرفع الى السلطان والمقابلة بنفسه فلا حاجة الى دفعه بالشفعة
(ولنا) ماروى انه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ارض بيعت وليس لها شريك ولها جار فقال عليه الصلاة
والسلام الجار أحق بشفعتها وهذا نص فى الباب وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الجار أحق بصقبه
والصقب الملاصق أى أحق بما يليه و بما يقرب منه و روى الجار أحق بشفعته وهذا نص فى الباب ولان حق الشفعة
بسبب الشركة انما ثبت لدفع اذى الدخيل وضرره وذلك متوقع الوجود عند المجاورة فورود الشرع هناك يكون
ورودا هنا دلالة وتعليل النص بضرر القسمة غير سديد لان القسمة ليست بضرر بل هى تكميل منافع الملك وهى
ضرر غير واجب الدفع لان القسمة مشروعة ولهذا لم تجب الشفعة بسبب الشركة فى العروض دفعا لضرر القسمة
(وأما) قوله يمكن دفع الضرر بالمقابلة بنفسه والمرافعة الى السلطان فنقول وقد لا يندفع بذلك ولو اندفع فالمقابلة
والمرافعة فى نفسها ضرر وضرر الجار السوء يكثر وجوده فى كل ساعة فيبقى فى ضرر دائم واما الحديث فليس فى صدره
نفى الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضى نفى غير المذكور قال الله تبارك وتعالى انما انا بشر مثلكم وهذا لا ينفى
ان يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا مثله وآخره حجة عليه لانه علق عليه الصلاة والسلام سقوط الشفعة
بشرطين وقوع الحدود وصرف الطرق والمعلق بشرطين لا يترك عند وجود أحدهما وعنده يسقط بشرط واحد وهو
وقوع الحدود وان لم تصرف الطرق ثم هو مؤول وتأويله فاذا وقعت الحدود فتباينت وصرفت الطرق فتباعدت فلا
شفعة أولا شفعة مع وجود من لم ينفصل حده وطريقه اوفلا شفعة بالقسمة كما لا شفعة بالرد بخيار الرؤية لان فى
القسمة معنى المبادلة فكان موضع الاشكال فأخبرانه لا شفعة ليزول الاشكال والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب
(وأما) بيان كيفية السبب فالكلام فيه فى موضعين احدهما يعم حال انفراد الاسباب واجتماعها والثانى يخص
حالة الاجتماع (اما) الذى يعم الحالين جميعا فهو ان السبب أصل الشركة لا قدرها واصل الجوار لا قدره حتى لو كان للدار
شريك واحد اوجار واحد اخذ كل الدار بالشفعة كثر شركته وجواره أوقل وعلى هذا يخرج قول أصحابنا رضى
الله عنهم فى قسمة الشفعة بين الشركاء عند اتحاد السبب وهو الشركة اوالجوار انها تقسم على عدد الرؤس لا على
قدر الشركة وعند الشافعى رحمه الله على قدر الشركة فى ملك المبيع حتى لو كانت الدار بين ثلاثة نفر لاحدهم نصفها
وللآخر ثلثها ولآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه كانت الشفعة بين الباقين نصفين عندنا على
عدد الرؤس وعنده اثلاثا ثلثاه لصاحب الثلث وثلثه لصاحب السدس على قدر الشركة (وجه) قوله ان حق
الشفعة من حقوق الملك لانه ثبت لتكميل منافع الملك فيتقدر بقدر الملك كالثمرة والغلة (ولنا) ان السبب فى موضع
الشركة اصل الشركة وقد استويا فيه فيستويان فى الاستحقاق والدليل على ان السبب اصل الشركة دلالة الاجماع
والمعقول اما دلالة الاجماع فلان الشفيع اذا كان واحدا يأخذ كل الدار بالشفعة ولو كان السبب قدر الشركة لتقدر
حق الاخذ بقدرها واما المعقول فلان حق الشفعة انما يثبت لدفع اذى الدخيل وضرره والضرر لا يندفع الا بأخذ
كل الدار بالشفعة فدل ان سبب الاستحقاق فى الشركة هو اصل الشركة وقد استويا فيه فبعد ذلك لا يخلو اما ان
يأخذ احدهما الكل دون صاحبه واما ان يأخذ كل واحد منهما الكل لا سبيل الى الاول لانه ليس احدهما
بأولى من صاحبه ولا سبيل الى الثانى لاستحالة تملك دار واحدة فى زمان واحد من اثنين على الكمال فتنصف بينهما
عملا بكمال السبب بقدر الامكان ومثل هذا جائز فان من هلك عن ابنين كان ميراثه بينهما نصفين لان بنوة كل واحد
منهما سبب لاستحقاق كل الميراث الا انه لا يمكن اثبات الملك فى مال واحد لكل واحد منهما على الكمال لتضايق
المحل فينصف بينهما فكذا هذا وكذلك اذا كان لدار واحدة شفيعان جاران جوارهما على التفاوت بأن كان جوار
احدهما بخمسة اسداس الدار وجوار الآخر لسدسها كانت الشفعة بينهما نصفين لاستوائهما فى سبب الاستحقاق
وهو اصل الجوار وعلى هذا يخرج ما اذا كان للدار شفيعان فأسقط احدهما الشفعة ان للآخر ان يأخذ كل الدار

بالشفعة لوجود سبب الاستحقاق للكل فى حق كل واحد منهما وانما القسمة للتزاحم والتعارض على ما بينا فاذا اسقط احدهما زال التزاحم والتعارض فظهر حق الآخر فى الكل فيأخذ الكل وكذلك لوكان الشفعاء جماعة فأسقط بعضهم حقه فللباقين ان يأخذوا الكل بالشفعة لما قلنا ولو كان للدار شفيعان واحدهما غائب فللحاضر ان يأخذ كل الدار بالشفعة لان سبب ثبوت الحق على الكمال وجد فى حقه وقد تأكد حقه بالطلب ولم يعرف تأكد حق الغائب لانه محتمل يحتمل ان يطلب و يحتمل ان لا يطلب او يعرض فلم يقع التعارض والتزاحم فلا يمنع الحاضر من استيفاء حقه الثابت المتأكد بحق يحتمل التأكد والعدم بل يقضى له بالكل عملا بكمال السبب من غير تعارض بخلاف ما اذا كان لرجلين على رجل الف درهم فهلك الرجل وترك الف درهم واحد صاحبى الدين غائب انه لا يسلم الى الحاضر الا خمسمائة لان هناك حق كل واحد منهما يساوى حق الآخر فى التأكد فيقسم بينهما على السوية لوقوع التعارض والتزاحم وكذلك لو كان للدار شفعاء بعضهم غائب و بعضهم حاضر يقضى بالدار بين الحضور على عدد رؤسهم لما قلنا ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض لم يصح جعله فى حق غيره وسقط حق الجاعل وقسمت على عدد رؤس من بقى لان حق الشفعة مما لا يحتمل النقل لانه ليس بأمر ثابت فى المحل فبطل الجعل فى حق غيره وسقط حقه لكون الجعل دليل الاعراض و بقى كل الدار بين الباقين فيقسمونها على عدد الرؤس لما ذكرنا ولو كان احدهم حاضرا فقضى له بكل الدار ثم جاء آخر يقضى له بنصف ما فى يد الحاضر فان جاء ثالث يقضى له بثلث ما فى يد كل منهما لوقوع التعاض والتزاحم لاستواء الكل فى سبب ثبوت الحق وتأكده فيقسم بينهم على السوية ولو أخذ الحاضر الكل ثم قدم الغائب واراد ان يأخذ النصف فقال له الحاضر انا اسلم لك الكل فاما ان تأخذ او تدع فليس له ذلك وللذى قدم ان يأخذ النصف لان القاضى لما قضى للحاضر بكل الدار تضمن قضاؤه بطلان حق الغائب عن النصف وصار الغائب مقضيا عليه فى ضمن القضاء للحاضر بالكل فبعد ذلك وان بطل القضاء لكن الحق بعد ما بطل لا يتصور عوده ولو قضى بالدار للحاضر ثم وجد به عيبا فرده ثم قدم الغائب فليس له ان يأخذ بالبيع الاول الا نصف الدار سواء كان الرد بالعيب بقضاء أو بغير قضاء وسواء كان قبل القبض أو بعده لما ذكرنا انه لما قضى القاضى للحاضر بكل الدار بالشفعة فقد أبطل حق الغائب عن النصف وصار هو مقضيا عليه ضرورة القضاء على المشترى فبطلت شفعته فى هذا النصف فلا يحتمل العود سواء كان الرد بالعيب بقضاء أو بغير قضاء لانه انما بطل حقه فى النصف بالقضاء بالشفعة و بالرد بالعيب لا يتبين ان القضاء بالشفعة لم يكن وكذا يستوى فيه الرد قبل القبض و بعده لما قلنا ولو أراد الغائب أن يأخذ كل الدار بالشفعة برد الحاضر بالعيب و يدع البيع الاول ينظر ان كان الرد بغير قضاء فله ذلك لان الرد بغير قضاء بيع مطلق فكان بيعا جديدا فى حق الشفعة فيأخذ الكل بالشفعة كما يأخذ بالبيع المبتدا هكذا ذكر محمد واطلق الجواب ولم يفصل بينما اذا كان الرد بالعيب قبل القبض او بعده من مشايخنا من قال ما ذكر من الجواب محمول على ما بعد القبض لان الرد قبل القبض بغير قضاء بيع جديد و بيع العقار قبل القبض لا يجوز على اصله وانما يستقيم اطلاق الجواب على اصل ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله (ومنهم) من قال يستقيم على مذهب الكل لان رضا الشفيع ههنا غير معتبر لكونه مجبورا فى التمليك فكان رضاه ملحقا بالعدم وان كان بقضاء فليس له ان يأخذ لانه فسخ مطلق و رفع العقد من الاصل كانه لم يكن والاخذ بالشفعة يختص بالبيع ولو اطلع الحاضر على عيب قبل ان يقضى له بالشفعة فسلم الشفعة ثم قدم الغائب فان شاء اخذ الكل وان شاء ترك لان القاضى اذا لم يقض بالشفعة للحاضر لم يبطل حق الغائب بل بقى فى كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل الا انه لم يظهر لمزاحمة الحاضر فى الكل و بالتسليم زالت المزاحمة فظهر حق الغائب فى كل الدار . ولو رد الحاضر الدار بالعيب بعد ما قضى له بالشفعة ثم حضر شفيعان اخذا ثلثى الدار بالشفعة والحكم فى الاثنين والثلاث سواء يسقط حق الغائب بقدر حصة الحاضر لما قلنا وكذا لو كان الشفيع الحاضر اشترى الدار من المشترى ثم حضر الغائب فان شاء أخذ كل الدار بالبيع الاول وان شاء اخذ كلها بالبيع

الثانى (أما) الاخذ بالبيع الاول فلان حق الحاضر فى الشفعة قد بطل بالشراء من المشترى لكون الشراء منه دليل الاعراض فزالت المزاحمة الموجبة للقسمة فبقى حق الغائب فى كل الدار فيأخذ الكل بالبيع الاول ان شاء بخلاف الشفيع اذا اشترى الدار المشفوعة من صاحبها انه لا تبطل شفعته لان البطلان بالاقدام على الشراء ولا حق له قبل الشراء ليبطل به (واما) الاخذ بالبيع الثانى فلان البيع الثانى وجد ولا حق للحاضر فى الشفعة لصيرورته معرضا بالشراء فيظهر حق الاخذ بالكل ولو كان المشترى الاول شفيعا للدار فاشتراها الشفيع الحاضر منه ثم قدم الغائب فان شاء اخذ نصف الدار بالبيع الاول وان شاء اخذ كلها بالبيع الثانى (اما) اخذ النصف بالبيع الاول فلان المشترى الاول لم يثبت له حق قبل الشراء حتى يكون بشرائه معرضاً عنه فاذا باعه من الشفيع الحاضر لم يثبت للغائب الامقدار ما كان يخصه بالمزاحمة مع الاول وهو النصف وأما أخذ الكل بالعقد الثانى فلأن السبب عند البيع الاول اوجب الشفعة للكل فى الدار وقد بطل حق الشفيع الحاضر بالشراء لكون الشراء دليل الاعراض فبقى حق المشترى الاول والغائب فى كل الدار فيقسم بينهما للتزاحم فيأخذ الغائب نصف الدار بالبيع الاول ان شاء وان شاء اخذ الكل بالعقد الثانى لان السبب عند العقد الثانى اوجب للشفيع حق الشفعة ثم بطل حق الشفيع الحاضر عند العقد الاول ولم يتعلق باقدامه على الشراء الثانى بعقده حق لاعراضه فكان للغائب ان يأخذ كل الدار بالعقد الثانى ولو كان المشترى الاول أجنبيا اشتراها بألف فباعها من اجنبى بألفين ثم حضر الشفيع فالشفيع بالخيار ان شاء أخذ بالبيع الاول وان شاء اخذ بالبيع الثانى لوجود سبب الاستحقاق وشرطه عند كل واحد من البيعين فكان له الخيار فان اخذ بالبيع الاول سلم الثمن الى المشترى الاول والعهدة عليه وينفسخ البيع الثانى ويسترد المشترى الثانى الثمن من الاول وان أخذ بالبيع الثانى تم البيعان جميعا والعهدة على الثانى غير أنه ان وجد المشترى الثانى والدار فى يده فله ان يأخذ بالبيع الثانى سواء كان المشترى الاول حاضراً أو غائبا وان أراد أن يأخذ بالبيع الاول فليس له ذلك حتى يحضر المشترى الاول والثانى هكذا ذكر القاضى الامام الاسبيجابى عليه الرحمة فى شرحه مختصر الطحاوى ولم يحك خلافا وذكر الكرخى عليه الرحمة ان هذا قول أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبى يوسف رحمه الله حضرة الاول ليست بشرط وللشفيع أن يأخذ من الذى فى يده ويدفع اليه الفا ويقال له اتبع الاول وخذ منه الفا وان كان الثانى اشتراه بألف يؤخذ منه ويدفع اليه الفا (وجه) قول أبى يوسف أن حق الشفعة حق متعلق بعين الدار فلا يشترط لاستيفائه حضرة المشترى (وجه) قولهما أن الاخذ من غير حضرة المشترى الاول يكون قضاء على الغائب لان الاخذ بالبيع الاول يوجب انفساخ البيع الاول على المشترى الاول على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تبارك وتعالى فيكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وانه لا يجوز وقوله حق الشفعة متعلق بالعين ممنوع بل لا حق فى العين وانما الثابت حق التمليك على المشترى فلا بد من حضرته ولو كان المشترى باع نصف الدار ولم يبع جميعها فجاء الشفيع وأراد أن يأخذ بالبيع الاول أخذ جميع الدار ويبطل البيع فى النصف الثانى من المشترى الثانى لان سبب استحقاق الجميع وشرطه موجود عند البيع الاول فاذا أخذ الكل بالبيع الاول انفسخ البيع فى النصف الثانى من المشترى لانه تبين انه تقدم على حق الشفيع فى قدر النصف وان أراد ان يأخذ النصف بالبيع الثانى فله ذلك لان شرط الاستحقاق وهو البيع وجد فى النصف وبطلت شفعته فى النصف الذى فى يد المشترى الاول لوجود دليل الاعراض ولو كان المشترى لم يبع الدار ولكنه وهبها من رجل أو تصدق بها على رجل وقبضها الموهوب له أو المتصدق عليه ثم حضر الشفيع والمشترى والموهوب له حاضر ان اخذها الشفيع بالبيع لا بالهبة لان كون العقد معاوضة من شرائط الاستحقاق على ما نذكره ان شاء الله تعالى ولا بد من حضرة المشترى حتى لو حضر الشفيع ووجد الموهوب له فلا خصومة معه حتى يجد المشترى فيأخذها بالبيع الاول والثمن للمشترى وتبطل الهبة كذا ذكر القاضى من غير خلاف وأما الكرخى فقد جعله على الخلاف الذى ذكرنا ان الذى فى يده الدار وهو الموهوب له

لم يكن خصما عنـد هما وعند أبى يوسف يكون خصما كما فى البيع ولو وهب المشترى نصف الدار مقسوما وسلمه الى الموهوب له ثم حضر الشـفيع وأراد أن يأخذ النصف الباقى بنصف الثمن ليس له ذلك ولكنـه يأخذ جميع الدار بجميع الثمن أو يدع لان فى أخذ البعض دون البعض تفريق الصفقة على المشترى واذا اخذ الكل بطلت الهبة وكان الثمن كله للمشـترى لا للموهوب له ولو اشترى داراً بألف ثم باعها بألفين فعلم الشفيع بالبيع الثانى ولم يعلم بالبيع الاول فأخذها بقضاء أو بغير قضاء ثم علم أن البيع الاول كان بألف فليس له ان ينقض أخذه لانه لما أخـذها بالبيع الثانى فقد ملكها وحق التمليك بالبيع الاول بعد ثبوت الملك له لا يتصور فسقط حقه فى الشفعة فى البيع الاول ضرورة ثبوت الملك له والثابت ضرورة يستوى فيه العلم والجهل فان اشتراها بألف ثم زاده فى الثمن الفاً فعلم الشفيع بالالفين ولم يعلم ان الالف زيادة فأخذها بألفين فاذا أخـذ بقضاء القاضى ابطل القاضى الزيادة وقضى له بالالف لان الزيادة غير ثابتة شرعاً فى حق الشفيع فكان القضاء بالزيادة قضاء بمـا ليس بثابت فيبطلها القاضى وان أخذها بغير قضاء فليس له أن ينقض أخذه لان الاخذ بغير قضاء بمنزلة شراء مبتـدأ فسقط حقه فى الشفعة ولو كان المشترى حين اشـتراه بألف ناقضه البيع ثم اشتراه بألفـين فأخـذ الشفيع بألفين ولم يعلم بالبيع الاول ثم علم به لم يكن له ان ينقضه سواء كان بقضاء او بغير قضاء لانه اجتمع بيعان لا يمكن الاخذ بهما فاذا اخـذ بأحدهما انتقض الآخر والله عز وجل أعـلم واذا كان للدار جاران أحدهما غائب والآخر حاضر فخاصم الحاضر الى قاض لا يرى الشفعة بالجوار فأبطل شفعته ثم حضر الغائب فخاصمه الى قاض يرى الشفعة قضى له بجميع الدار لان قضاء القاضى الاول صادف محل الاجتهاد فنفذ وبطلت شفعة الحاضر فبقى حق الغائب فى كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل فيأخذ الكل بالشفعة ولو كان القاضى الاول قال ابطلت كل الشفعة التى تتعلق بهذا البيـع لم تبطل شفعة الغائب كذا قاله محمد وهو صحيح لانه قضاء على الغائب وانه لا يجوز والله سبحانه وتعالى اعلم (وأما) الذى يخص حالة الاجتماع فهو ان اسـباب استحقاق الشفعة اذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب فيقدم الاقوى فالاقوى فيقـدم الشريك على الخليط والخليط على الجار لمـا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من غيره ولان المؤثر فى ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيـل وأذاه وسبب وصول الضرر والاذى هو الاتصال والاتصال على هـذه المراتب فالاتصال بالشركة فى عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط والاتصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح فان سلم الشريك وجبت للخليط وان اجتمع خليطان يقدم الاخص على الاعم وان سلم الخليط وجبت للجار لمـا قلنا وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه اذا سلم الشريك فلا شفعة لغيره (وجه) رواية أبى يوسف ان الحق عند البيع كان للشريك لا لغيره الا ترى أن غيره لا يملك المطالبـة فاذا سـلم سقط الحق أصلا والصحيح جواب ظاهر الرواية لان كل واحد من هذه الاشياء الثلاثة سبب صالح للاستحقاق الا أنه يرجح البعض على البعض لقوة فى التأثير على ما بينا فاذا سلم الشريك التحقت شركته بالعـدم وجعلت كانها لم تكن فيراعى الترتيب فى الباقى كما لو اجتمعت الخلطة والجوار ابتداء وبيان هذا فى مسائل دار بين رجلين فى سكة غير نافذة طريقها من هذه السكة باع أحدهما نصيبه فالشفعة لشريكه لان شركته فى عـين الدار وشركة أهل السكة فى الحقوق فكان الشريك فى عين الدار أولى بالشفعة فاذا سلم فالشفعة لاهـل السكة كلهم يستوى فيه الملاصق وغـير الملاصق لانهم كلهم خلطاء فى الطريق فان سلموا فالشفعة للجار الملاصق وعلى ما روى عن أبى يوسف اذا سـلم الشريك سقطت الشفعة أصـلا ولو انشعبت من هذه السكة سكة أخرى غـير نافذة فبيعت دار فيها فالشفعة لاهل هذه السكة خاصـة لان خلطة أهل هذه السكة السفلى أخص من خلطة اهل السكة العليا ولو بيعت دار فى السكة العليا استوى فى شفعتها أهـل السكة العليا وأهل السكة السفلى لان خلطتهم فى السكة العليا سواء فيستوون فى الاستحقاق وقال محمد رحمه الله أهل الدرب يسـتحقون الشفعة بالطريق اذا كان ملكهم او كان فناء غـير مملوك أما اذا كان ملكا لهم فظاهر

لوجود الخلطة وهي الشركة في الطريق وأما اذا كان فناء غير مملوك فلانهم أخص به من غيرهم فكان في معنى المملوك وان كانت السكة نافذة فبيعت دار فيها فلا شفعة الا للجار الملاصق لان الشركة العامة اباحة معنى لما قلنا وان كان مملوكا فهو في حكم غير النافذ والطريق النافذ الذي لا يستحق به الشفعة مالا يملك أهله سده لانه اذا كان كذلك يتعلق به حق جميع المسلمين فكانت شركته عامة فيشبه الاباحة وعلى هذا يخرج النهر اذا كان صغيرا يسقى منه أراضي معدودة أو كروم معدودة فبيع أرض منها أو كرم ان الشركاء في النهر كلهم شفعاء يستوي الملاصق وغير الملاصق لاستوائهم في الخلطة وهي الشركة في الشرب وان كان النهر كبيرا فالشفعة للجار الملاصق بمنزلة الشوارع واختلف في الحد الفاصل بين الصغير والكبير قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا كان تجري فيه السفن فهو كبير وان كان لا تجري فهو صغير وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه قال لا أستطيع ان أحد هذا بحد هو عندي على ما أرى حين يقع ذلك وروى عن أبي يوسف رحمه الله رواية أخرى انه ان كان يسقى منه مراحان أو ثلاثة أو بستانان أو ثلاثة ففيه الشفعة ومازاد على ذلك فلا كذا ذكر الكرخي رضي الله عنه الاختلاف بين أصحابنا والقاضي لم يذكر خلافهم وانما ذكر اختلاف المشايخ رحمهم الله قال بعضهم ان كان شركاء النهر بحيث يحصون فهو صغير وان كانوا لا يحصون فهو كبير وقال بعضهم ان كانوا مائة فما دونهم فهو صغير وان كانوا أكثر من مائة فهو كبير وقال بعضهم هو مفوض الى رأى القاضي فان رآه صغيرا اقضى بالشفعة لاهله وان رآه كبيرا أقضى بها للجار الملاصق ولو نزع من هذا النهر نهر آخر فيه أرضون أو بساتين وكروم فبيع أرض أو بستان شربه من هذا النهر النازع فأهل هذا النهر أحق بالشفعة من أهل النهر الكبير ألا ترى انهم مختصون بشرب النهر النازع فكانوا أولى كما في السكة المنشعبة من سكة غير نافذة ولو بيعت أرض على النهر الكبير كان أهله وأهل النهر النازع في الشفعة سواء لاستوائهم في الشرب قال محمد رحمه الله في قراح واحد في وسط ساقية جارية شرب هذا القراح منها من الجانبين فبيع القراح فجاء شفيعان أحدهما يلي هذه الناحية في القراح والآخر يلي الجانب الآخر قال هما شفيعان في القراح وليست الساقية بحائلة لان الساقية من حقوق هذا القراح فلا يعتبر فاصلا كالحائط الممتد ولو كانت هذه الساقية بجوار القراح ويشرب منها ألف جريب من هذا القراح فأصحاب الساقية أحق بالشفعة من الجار لأنهم شركاء في الشرب والشريك مقدم على الجار لما مر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ماروى عن أبي يوسف أنه قال في دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار ان الشريك أحق بالشفعة من صاحب الطريق لان الشريك في عين العقار أحق من الخليط وكذلك اذا كانت الدار بين رجلين ولاحدهما حائط بأرضه في الدار بينه وبين آخر فباع الذي له شركة في الحائط نصيبه من الدار والحائط فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار والشريك في الحائط أولى بالحائط لان الشريك في الحائط ليس بشريك في الدار بل هو جار لبقية الدار والشريك مقدم على الجار وكذلك دار بين رجلين ولاحدهما بئر في الدار بينه وبين آخر فباع الذي له شركة في البئر نصيبه من الدار والبئر فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار والشريك في البئر أحق بالبئر لما ذكرنا ان الشريك في البئر جار لبقية الدار والشريك مقدم على الجار وكذلك سفل بين رجلين ولاحدهما علو عليه بينه وبين آخر فباع الذي له نصيب في السفل والعلو نصيبه فلشريكه في السفل الشفعة في السفل ولشريكه في العلو الشفعة في العلو ولا شفعة لشريكه في السفل في العلو ولا لشريكه في العلو في السفل لان شريكه في السفل جار العلو وشريكه في حقوق العلو وان كان طريق العلو فيه ليس بشريك له في العلو والشريك في عين البقعة أو ما هو في معنى البقعة مقدم على الجار والشريك في الحقوق وشريكه في العلو جار للسفل أو شريكه في الحقوق اذا كان طريق العلو في تلك الدار ولا شركة له في عين البقعة فكان الشريك في عين البقعة أولى ولو كان لرجل علو على دار وطريقه فيها وبقية الدار لآخر فباع صاحب العلو العلو بطريقه فالقياس أن لا شفعة لصاحب السفل في العلو وفي الاستحسان تجب (وجه) القياس ان من شرائط وجوب الشفعة ان يكون المبيع عقارا والعلو

منقول فلا تجب فيه الشفعة كما لا تجب فى سائر المنقولات (وجه) الاستحسان ان العلو فى معنى العقار لان حق البناء على السفل حق لازم لا يحتمل البطلان فأشبه العقار الذى لا يحتمل الهلاك فكان ملحقا بالعقار فيعطى حكمه ولو كان طريق هذا العلو فى دار رجل آخر فبيع العلو فصاحب الدار التى فيها الطريق أولى بشفعة العلو من صاحب الدار التى عليها العلو لان صاحب الدار التى فيها الطريق شريك فى الحقوق وصاحب الدار التى عليها العلو جار والشريك مقدم على الجار فان سلم صاحب الطريق الشفعة فان لم يكن للعلو جار ملاصق أخذه صاحب الدار التى عليها العلو بالجوار لانه جاره وان كان للعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل لانهما جاران وان لم يكن جار العلو ملاصقاً و بين العلو و بين مسكنه طائفة من الدار فلا شفعة له لانه ليس بجار ولو باع صاحب السفل السفل كان صاحب العلو شفيعا لانه جاره وليس شريكه وهو كدارين متجاورتين لاحدهما خشب على حائط الآخر ان صاحب الخشب لا يستحق الا بالجوار ولا يستحق بالخشب شيأ ولو بيعت الدار التى فيها طريق العلو فصاحب العلو أولى بشفعة الدار من الجار لانه شريك فى الحقوق فكان مقدما على الجار وروى عن أبى يوسف أنه قال فى بيت عليه غرفتان احداهما فوق الاخرى ولكل غرفة طريق فى دار أخرى وليس بينهما شركة فى الطريق فباع صاحب البيت الاوسط بيته وسلم صاحب الطريق فالشفعة لصاحب العلو ولصاحب السفل جميعاً لاستوائهما فى الجوار فان باع صاحب العلو كانت الشفعة للاوسط دون الاسفل لان الجوار له لا للاسفل وعلى هذا يخرج ماروى عن أبى يوسف انه قال فى دار فيها مسيل ماء لرجل آخر فبيعت الدار كانت له الشفعة بالجوار لا بالشركة وليس المسيل كالشرب لان صاحب المسيل مختص بمسيل الماء لا شركة للآخر فيه فصار كحائط لصاحب احدى الدارين فى الاخرى ولو أن حائطا بين دارى رجلين والحائط بينهما فصاحب الشرك فى الحائط أولى بالحائط من الجار و بقية الدار يأخذها بالجوار مع الجار بينهما هكذا روى عن أبى يوسف و زفر رحمهما الله و روى عن أبى يوسف رواية أخرى ان الشريك فى الحائط أولى بجميع الدار (وجه) هذه الرواية ان الشريك فى الحائط شريك فى بعض المبيع فكان أولى من الجار الذى لا شركة له كالشريك فى الشرب والطريق (وجه) الرواية الاولى ان الشريك فى الحائط شريك لكن فى بقعة معينة وهى ما تحت الحائط لا فى بقية الدار بل هو جار فى بقية الدار فكان أولى بما هو شريك فيه و بقية الدار بينه و بين الجار الآخر لاستوائهما فى الجوار وكذلك الدار لرجل فيها بيت بينه و بين غيره فباع الرجل الدار وطلب الجار الشفعة وطلبها الشريك فى البيت فصاحب الشركة فى البيت أولى بالبيت و بقية الدار بينهما نصفان قال الكرخى عليه الرحمة وأصح الروايات عن أبى يوسف ان الشريك فى الحائط أولى ببقية الدار من الجار لما ذكرنا من تحقق الشركة فى نفس المبيع والشريك مقدم على الجار قال وعن محمد مسئلة تدل على ان الشريك فى الحائط أولى فانه قال فى حائط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة ولا يعلم ان الحائط بينهما الا بالخشبة فبيعت احدى الدارين قال فان أقام الآخر بينة ان الحائط بينهما فهو أحق من الجار لانه شريك وان لم يقم بينة لم أجعله شريكا وقوله أحق من الجار أى أحق بالجميع لا بالحائط خاصة وهذا هو مقتضى ظاهر هذا الاطلاق وروى عن أبى يوسف فيمن اشترى حائطا بأرضه ثم اشترى ما بقى من الدار ثم طلب جار الحائط الشفعة فله الشفعة فى الحائط ولا شفعة له فيما بقى من الدار لانه لم يكن جاراً لبقية الدار وقت البيع اذ الحائط حائل بين ملكه و بقية الدار فلا تجب الشفعة له و روى عن أبى يوسف فى دار بين رجلين لرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار فشريكه فى الدار احق بالشفعة فى الدار ولصاحب الطريق الشفعة فى الطريق لان الطريق اذا كان معينا كان بمنزلة الحائط على ما ذكرنا وهذا على الرواية التى تقول الشريك فى الحائط جار فى بقية الدار على ما ذكرنا فيما تقدم والله أعلم

(فصل) وأما شرائط وجوب الشفعة فانواع (منها) عقد المعاوضة وهو البيع أو ما هو فى معناه فلا تجب الشفعة

فيما

فيما ليس ببيع ولا بمعنى البيع حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية لان الاخذ بالشفعة يملك على المأخوذ منه بمثل ما ملك هو فاذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع فاما ان يأخذ بالقيمة واما ان يأخذ مجانا بلا عوض لا سبيل الى الاول لان المأخوذ منه لم يملكه بالقيمة ولا سبيل الى الثانى لان الجبر على التبرع ليس بمشروع فامتنع الاخذ أصلا وان كانت الهبة بشرط العوض فان تقابضا وجبت الشفعة لوجود معنى المعاوضة عند التقابض وان قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تجب الشفعة بنفس العقد وهذا بناء على أصل وهو ان الهبة بشرط العوض عندنا تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وعنده معاوضة ابتداء وانتهاء ودلائل هذا الاصل فى كتاب الهبة نذكرها هناك ان شاء الله تعالى ولو وهب عقاراً من غير شرط العوض ثم ان الموهوب له عوضه من ذلك داراً فلا شفعة فى الدارين لا فى دار الهبة ولا فى دار العوض لان اعطاء دار العوض هبة مبتدأة الا انها اختصت بالمنع من الرجوع الا أن تكون عوضاً حقيقة بدليل انه لو وهب عشرة دراهم فعوضه بخمسة جاز ولو كان عوضا حقيقة لما جاز لانه يكون ربا دل ان الثانى ليس بعوض عن الاول حقيقة فلم يكن هذا معاوضة بل كان هبة مبتدأة فلم تجب به الشفعة وتجب الشفعة فى الدار التى هى بدل الصلح سواء كان الصلح على الدار عن اقرار او انكار أو سكوت لوجود معنى المعاوضة (أما) فى الصلح عن اقرار فظاهر لان المدعى ملك المدعى فى حق المدعى والمدعى عليه فكانت الدار التى هى بدل الصلح عوضا عن ملك ثابت فى حقهما جميعا فيتحقق معنى المعاوضة فى هذا الصلح (وأما) فى الصلح عن انكار فلان عند المدعى انه أخذ الدار عوضا عن ملكه الثابت فكان الصلح معاوضة فى حقه وكان للشفيع فيها حق الشفعة وكذا فى الصلح عن سكوت المدعى عليه لان المدعى ان كان محقاً فى دعواه كان بدل الصلح عوضاً عن ملكه حقيقة وان كان مبطلا كان عوضاً عن ملكه فى زعمه فيتحقق معنى المعاوضة فى زعمه وكذا تجب الشفعة فى الدار المصالح عنها عن اقرار لوجود معنى المعاوضة فى هذا الصلح من الجانبين جميعاً (وأما) عن انكار فلا تجب به الشفعة لان فى زعم المدعى عليه ان الدار المدعاة ملكه وانما بذل المال لدفع الخصومة الباطلة فلا يتحقق معنى المعاوضة فى حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها منه بالشفعة للحال ولكنه يقوم مقام المدعى فى اقامة الحجة فان أقام البينة على صاحب اليد ان الدار كانت للمدعى أو حلف المدعى عليه فنكل فله الشفعة لانه تبين ان الصلح وقع معاوضة حقيقة وان لم تقم له الحجة فلا شفعة له وكذلك لا تجب الشفعة فى الدار المصالح عنها عن سكوت لان المدعى ان كان محقاً فى دعواه كان الصلح معاوضة فتجب الشفعة وان كان مبطلا لم يكن معاوضة فى حق المدعى عليه فلا تجب الشفعة مع الاحتمال لان الحكم كما لا يثبت بدون شرطه لا يثبت مع وجود الشك فى شرطه لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك ولو كان بدل الصلح منافع فلا شفعة فى الدار المصالح عنها سواء كان الصلح عن انكار أو اقرار لان بدل الصلح ليس بعين مال فلم يكن هذا الصلح معاوضة عين المال بعين المال وهذا من شرائط ثبوت الشفعة على مانذكره ان شاء الله تعالى ولو اصطلحا على أن يأخذ المدعى عليه الدار و يعطيه داراً أخرى فان كان الصلح عن انكار تجب فى كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الدار الاخرى لان الصلح اذا كان عن انكار كان الصلح على معاوضة دار بدار وان كان عن اقرار لا يصح الصلح ولا تجب الشفعة فى الدارين جميعا لانهما جميعا ملك المدعى ولو اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة ثم رد المشترى الدار بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده فأراد الشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة بسبب الرد لم يكن له ذلك لان الرد بخيار الرؤية والشرط ليس فى معنى البيع ألا ترى انه يرد من غير رضا البائع بل هو فسخ محض فى حق الكل و رفع العقد من الاصل كانه لم يكن فيعود اليه قديم ملكه فلم يتحقق معنى البيع فلا تجب الشفعة وكذا لو رد عليه بعيب قبل القبض أو بعده بقضاء القاضى لان الرد بقضاء القاضى فسخ مطلق وان كان بغير قضاء القاضى فللشفيع الشفعة لان الرد بغير قضاء بيع جديد فى حق ثالث وكذا الاقالة قبل القبض أو بعده لانها بيع جديد فى حق ثالث ولا تجب الشفعة فى القسمة وان كان فيها معنى المعاوضة لانها ليست

بمعاوضة محضة بل فيها معنى الاقرار والتمييز ألا ترى انه يجرى فيها الجبر فلم تكن معاوضة مطلقة فلا تجب فيها الشفعة كما اذا صالح عن دم عمد على دار انه لا تجب الشفعة (ومنها) معاوضة المال بالمال فلا تجب في معاوضة المال بغير المال لان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشترى فلو وجبت في معاوضة المال بغير المال فاما أن يأخذ بما تملك به المشترى ولا سبيل اليه لانه تملك بالقصاص واما أن يأخذ بقيمة الدار ولا سبيل اليه أيضا لان المشترى لم يتملك به فامتنع التملك أصلا وعلى هذا يخرج ما اذا صالح عن دم العمد على دار انه لا تجب الشفعة لان القصاص ليس بمال فلم توجد معاوضة المال بالمال وكذا الوصالح من جناية توجب القصاص فيما دون النفس على دار لما قلنا ولو صالح من جناية توجب الارش دون القصاص على دار تجب فيها الشفعة بالارش لوجود معاوضة المال بالمال وكذا لو أعتق عبدا على دار لان العتق ليس بمال فلم توجد معاوضة المال بالمال (ومنها) معاوضة عين المال بعين المال فلا تجب في معاوضة عين المال بما ليس بعين المال لما ذكرنا ان التملك بما تملكه به المشترى غير ممكن والتملك بعين المال ليس تملكا بما تملك به المشترى فامتنع أصلا وعلى هذا يخرج ما اذا جعل الدار مهرا بأن تزوج على دار أو جعلها بدل الخلع بأن خالع امرأته على دار أو جعلها أجرة في الاجارات بأن استأجر بدار لان هذا معاوضة المال بالمنفعة لان حكم الاجارة ثبت في المنفعة وكذا حكم النكاح وهو الصحيح على ما عرف في مسائل النكاح من الخلاف والمنفعة ليست بمال وهذا عند أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله هذا ليس بشرط وتجب الشفعة في هذه المواضع فيأخذها الشفيع بقيمة البضع وهى مهر المثل في النكاح والخلع وفى الاجارة بأجرة المثل (وجه) قوله ان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشترى عند الامكان وعند التعذر تقام قيمته مقامه ألا ترى انه لو اشترى دارا بعبد فالشفيع يأخذها بقيمة العبد لتعذر الاخذ بمثله اذ لا مثل له فتقوم قيمته مقامه كذا ههنا والمنافع تتقوم بالعقد بلا خلاف فتقام قيمة العوض مقامه (ولنا) ان المنافع في الاصل لا قيمة لها على أصول أصحابنا والاصل فيها أن لا تكون مضمونة لان الشيء يضمن بمثله في الاصل والعرض لا يماثل العين ولهذا قالوا انها لا تضمن بالغصب والاتلاف الا أنها تتقوم بالعقد بطريق الضرورة ولحاجة الناس فبقى ما وراء ذلك على الاصل فلا يظهر تقومها في حق الشفيع ولو تزوج امرأة على دار على أن ترد المرأة عليه ألفا فلا شفعة في شيء من الدار عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تجب الشفعة في حصة الالف (وجه) قولهما ان الدار بعضها مهر و بعضها مبيع فلئن تعذر ايجاب الشفعة في حصة المهر أمكن ايجابها في حصة المبيع فتجب في حصته (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله انه لا يمكن ايجاب الشفعة في حصة المبيع الا بعد قسمة الدار وفى قسمتها تقويم المنافع ولا قيمة لها الا عند الضرورة على ما بينا ولان المهر في الدار هو الاصل لانها تمادفعت الالف لتسلم لها الدار فاذا لم تثبت الشفعة في الاصل فكيف تجب في التابع ولو تزوجها على مهر مسمى ثم باع داره من المرأة بذلك المهر أو تزوجها بغير مهر مسمى ثم باع داره من المرأة بمهر المثل تجب فيها الشفعة لان هذا مبيع مبتدأ فتجب به الشفعة ولو تزوجها على دار أو تزوجها على غير مسمى ثم فرض لها داره مهرا لا تجب فيها الشفعة لان الغرض منه ليس ببيع بل هو تقدير المهر فلا تجب الشفعة (ومنها) أن يكون المبيع عقارا أو ما هو بمعناه فان كان غير ذلك فلا شفعة فيه عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال مالك رضى الله عنه هذا ليس بشرط وتجب الشفعة في السفن (وجه) قوله أن السفينة أحد المسكنين فتجب فيها الشفعة كما تجب في المسكن الآخر وهو العقار ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا شفعة الا في ربع أو حائط لان الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكنا وانما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام وذلك لا يتحقق الا في العقار ولا تجب الا في العقار أو ما في معناه وهو العلو على ما نذكره ان شاء الله تعالى سواء كان العقار مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها كالحمام والرحا والبئر والنهر والعين والدور الصغار عند أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله لا تجب الشفعة الا في عقار يحتمل القسمة والكلام فيه يرجع الى أصل تقدم ذكره وهو

ان

ان الشفعة عندنا وجبت معلولة بدفع ضرر الدخيل وأذاه على سبيل اللزوم وذلك يوجد فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل القسمة على السواء وعنده وجبت معلولة بدفع ضرر خاص وهو ضرر القسمة فلا يتعدى الى ما لا يحتمل القسمة وهذا مع انه تعليل لمنع التعدية قد أبطلناه فيما تقدم وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال انما الشفعة فيما لم يقسم من غير فصل واذا بيع سفل عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو بيعا جميعا وجبت الشفعة أما السفل فلا شك فيه لانه عقار وأما العلو بدون السفل فتجب فيه الشفعة اذا كان العلو قائما استحسانا لان حق البناء على السفل متعلق به على سبيل التأبيد فصار بمعنى العقار فتجب فيه الشفعة ولو انهدم العلو ثم بيع السفل وجبت الشفعة لصاحب العلو عند أبي يوسف وعند محمد لا شفعة له ذكره محمد في الزيادات (وجه) قول أبي يوسف ان البناء وان بطل فحق البناء قائم وانه حق متعلق بالبقعة على سبيل الاستقرار والتأبيد فكان بمنزلة البقعة (وجه) قول محمد ان الشفعة انما تجب اما بالشركة في الملك أو الحقوق أو بجوار الملك ولم يوجد شيء من ذلك أما الشركة فظاهر الانتفاء وكذا الجوار لان الجوار كان بالبناء وقد زال البناء فلا تجب الشفعة وذكر في الزيادات فيمن باع علوا فاحترق قبل التسليم بطل البيع هكذا ذكر ولم يحك خلافا من مشايخنا رحمهم الله من قال هذا قوله (فأما) على أصل أبي يوسف ينبغي أن لا يبطل لانه يجعل في حق البناء بمنزلة العرصة فصار كانه باع العرصة مع البناء فاحترق البناء (ومنها) زوال ملك البائع عن المبيع لان الشفيع يملك المبيع على المشترى بمثل ما ملك به فاذا لم يزل ملك البائع استحال تملك المشترى فاستحال تملك الشفيع فلا تجب الشفعة في المبيع بشرط خيار البائع لان خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه حتى لو أسقط خياره وجبت الشفعة لانه تبين ان المبيع زال عن ملكه من حين وجود المبيع ولو كان الخيار للمشترى تجب الشفعة لان خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وحق الشفعة يقف عليه ولو كان الخيار لهما لم تجب الشفعة لاجل خيار البائع ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له لان شرط الخيار للشفيع شرط لنفسه وانه يمنع وجوب الشفعة فان اجاز الشفيع البيع جاز البيع ولا شفعة له لان البيع تم من جهته فصار كانه باع ابتداء وان فسخ البيع فلا شفعة له لان ملك البائع لم يزل والحيلة للشفيع في ذلك أن لا يفسخ ولا يجيز حتى يجيز البائع أو يجوز هو بمضى المدة فتكون له الشفعة وخيار العيب والرؤية لا يمنع وجوب الشفعة لانه لا يمنع زوال ملك البائع (ومنها) زوال حق البائع فلا تجب الشفعة في المشترى شراء فاسدا لان للبائع حق النقض والرد الى ملكه ردا للفساد وفي ايجاب الشفعة تقرير الفساد حتى لو سقط حق الفسخ بأسباب مسقطة للفسخ كالزيادة وزوال ملك المشترى ونحو ذلك كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لان المانع قيام الفسخ وقد زال كما لو باع بشرط الخيار له ثم أسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع من الوجوب وهو الخيار فكذا هذا ولو باعها المشترى شراء فاسدا بيعا صحيحا فجاء الشفيع فهو بالخيار ان شاء أخذها بالبيع الاول وان شاء أخذها بالبيع الثاني لان حق الشفيع ثابت عند كل واحد من البيعين لوجود سبب الثبوت عند كل واحد منهما وشرائطه فكان له الخيار غير انه ان أخذ بالبيع الثاني أخذ بالثمن وان أخذ بالبيع الاول أخذ بقيمة المبيع يوم القبض لان الشفيع يتملك بما تملك به المشترى والمشترى الثاني تملك بالثمن لان البيع الثاني صحيح والبيع الصحيح يفيد الملك بالمسمى وهو الثمن والمشترى الاول تملك المبيع بقيمته لان البيع الفاسد يفيد الملك بقيمة المبيع لا بالثمن وانما تعتبر قيمته يوم القبض لان المبيع بيعا فاسدا مضمون بالقبض كالمغصوب وعلى هذا الاصل يخرج قول أبي حنيفة رضى الله عنه فيمن اشترى أرضا شراء فاسدا فبنى عليها انه يثبت للشفيع حق الشفعة لان حق البائع في القبض قد زال بالبناء وبطل فزال المانع من وجوب الشفعة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يثبت لان حق البائع لم يبطل بالبناء فكان المانع قائما وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة رحمه الله في المريض اذا باع الدار من وارثه بمثل قيمتها وشفيعها أجنبي انه لا شفعة له لان بيع المريض مرض الموت عينا من أعيان ماله لوارثه فاسد عنده الا اذا أجاز الورثة وان كان بمثل القيمة ولا شفعة له في البيع الفاسد الا اذا أجاز فتجب الشفعة ولو باعها من أجنبي بمثل قيمتها والوارث شفيعها لا شفعة للوارث عنده

أيضاً لانه يصيركانه باعهامن الوارث ابتداء لتحول ملك الصفقة اليه أو لتقدير صفقة أخرى مع الوارث وذلك فاسد عنده وعندهما تجب الشفعة للوارث لان العقد جائز هـذا اذا باع بمثل القيمة فأما اذا باع وحابى بأن باعها بألفين وقيمتها ثلاثة آلاف فان باعها من الوارث وشفيعها أجنبي فلا شك انه لا شفعة عنـد أبي حنيفة عليه الرحمة لان بيعها من الوارث بمثل القيمة فاسد عنده فبالمحاباة أولى ولا شفعة في البيع الفاسد وعندهما البيع جائز ولكن يدفع قدر المحاباة فتجب الشـفعة ولو باع من أجنبي فكذلك لا شفعة للوارث عند أبي حنيفـة رحمه الله لان الشـفيع يأخذها بتلك الصفقة بالتحول اليه أو بصفقة مبتدأة مقدرة بينهما فكان بيعا من الوارث بالمحاباة وسواء اجازت الورثة أو لم يجيزوا لان الاجازة محلها العـقد الموقوف والشراء وقع نافذاً من المشـترى لان المحاباة قدر الثلث وهي نافذة من الاجنـبي فلغت الاجازة في حق المشترى فتلغو في حق الشفيع أيضاً وأما عندهما فقد اختلفت الروايات فيه في رواية كتاب الشفعة من الاصل والجامع لا شفعة له وفي رواية كتاب الوصايا له الشفعة وهي من مسائل الجامع تعرف ثمة ان شاء الله تعالى (ومنها) ملك الشفيع وقت الشراء في الدار التي يأخـذها بالشفعة لان سبب الاستحقاق جوار الملك والسبب انما ينعقد سبباً عند وجود الشرط والانعقاد أمر زائد على الوجود فاذا لم يوجـد عند البيع كيف ينعقد سبباً فلا شفعة له بدار يسكنها بالاجارة والاعارة ولا بدار باعها قبل الشراء ولا بدار جعلها مسجداً ولا بدار جعلها وقفاً وقضى القاضي بجوازه أو لم يقض على قول من يجيز الوقف لانه زال ملكه عنها الا الى أحـد ومنها ظهور ملكه للمشترى عنـد الانكار بحجة مطلقة وهي البينة وهذا في الحقيقة شرط ظهور الحق لا شرط ثبوته وعلى هذا يخرج ما اذا أنكر المشـترى كون الدار التي يشفع بها مملوكة للشفيع انه ليس له أن يأخذ بالشفعة حتى يقيم البينة انها داره وهـذا قول أبي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عنه رواية أخرى أن هـذا ليس بشرط والقول قول الشفيع ولا يحتاج الى اقامة البينة وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله (وجه) هذه الرواية ان الملك كان ثابتاً للشفيع في هذه الدار لوجود سبب الثبوت وما ثبت يبقى الى أن يوجد المزيل ولان اليد دليـل الملك ألا ترى ان من رأى شيأ في يد انسان حل له أن يشـهد له بالملك دل ان اليد دليل الملك من حيث الظاهر فكان الملك ثابتاً للشـفيع ظاهراً (وجه) ظاهر الرواية ان سبب ثبوت الحكم لا يوجب بقاءه وانما البقاء بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الغـير كحياة المفـقود وحرية الشـهود ونحو ذلك والحاجة ههنا الى الزام المشترى فلا يظهر الملك في حق المشترى وقوله اليـد دليل الملك قلنا ان سـلم ذلك فالثابت باليد ملك يظهر في حق الدفع لا في حق الاستحقاق على الغير والحاجة ههنا الى الاستحقاق على المشترى فلا يكفي الملك الثابت بظاهر اليـد وذكر عن أبي يوسف فيمن ادعى على آخر داراً وأقام البينة على ان هذه الدار كانت في يد أبيه مات وهي في يده أنه يقضى له بالدار فان جاء يطلب بها شفعة دار أخرى الى جنبها لم يقض له بالشفعة حتى يقيم البينة على الملك لم يجعل القضاء باليد قضاء بالملك على الاطلاق حيث لم يوجب به الشفعة وعلى هذا يخرج ماذكر عن محمد أنه قال في حائط بين دارين لكل واحد منهما عليـه خشبة ولا يعلم ان الحائط بينهما الا بالخشبة فبيعت احـدى الدارين انه ان أقام الآخر بينة ان الحائط بينهـما فهـو أحق من الجار لانه شريك وان لم يقم بينة لم أجعله شريكا لان ملك الحائط بينهما لم يثبت الا بظاهر الاستعمال بالخشبة والملك الثابت بمثل هذا الظاهر لا يكفي لاستحقاق الشفعة قال ولو أقر البائع قبل البيع ان الحائط بينهـما لم أجعل له بهذا شفعة بمنزلة دار في يد رجـل أقر أنها لآخر فبيعت الى جنبها دار فطلب المقر له الشفعة فلا شفعة له حـتى يقيم البينة ان الدار داره لان الملك في الموضـعين جميعا ثبت بالاقرار وانه حجة قاصرة فيظهر في حق المقر في المسئلة الاولى وفي المسئلة الثانية يظهر في حق المقر له خاصة ولا يتعدى الى المشترى وذكر في المنتقى عن أبي يوسف في رجل في يده دار عرف القاضي انها له فبيعت دار الى جنب داره فقال الشفيع بعد بيع الدار التي فيها الشفعة داري هذه لفلان وقد بعتها منه منـذ سنة وقال هـذا في وقت يقدر على الاخذ بالشفعة أو طلبها لنفسه قال لا شفعة له في الدار حتى يقيم المقر له بينة على المشترى (أما) المقر فلا شك انه لا شفعة له

لانه لا ملك له وقت البيع فى الدار باقراره بالبيع قبله (واما) المقر له فلما ذكرنا ان الملك الثابت بالاقرار ليس بثابت بحجة مطلقة لكون الاقرار حجة قاصرة فلا يظهر فى حق الاستحقاق على المشترى وذكر الخصاف فى اسقاط الشفعة ان البائع اذا أقر بسهم من الدار للمشترى ثم باع منه بقية الدار ان الجار لا يستحق الشفعة لان المشترى صار شريك البائع فى ذلك السهم والشريك مقدم على الجار ومن أصحابنا من خطأ الخصاف فى هذا وقال تجب الشفعة للجار لان شركة المشترى لم تثبت الا بالاقرار من البائع والاقرار حجة قاصرة فلا تظهر فى حق الجار فكان على شفعته وكان يستدل بمسئلة الحائط والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا تكون الدار المشفوعة ملكا للشفيع وقت البيع فان كانت لم تجب الشفعة لاستحالة تملك الانسان ماله بنفسه وعلى هذا تخرج ما اذا باع المأذون دارا والمولى شفيعها انه ان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لانها ملك المولى والعبد كالوكيل عنه بالبيع فلا تثبت له الشفعة وان كان عليه دين فله الشفعة لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون فكان بمنزلة الاجنبى وكذا اذا باع المولى داراً والمأذون شفيعها وعليه دين فله الشفعة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشترى وشراء كل واحد منهما من صاحبه جائز وان لم يكن عليه دين فلا يتصور الاخذ بالشفعة لان الاخذ يقع تملكا للمولى وتملك المولى محال ولو اشترى المأذون داراً والمولى شفيعها فان كان عليه دين فلمولاه الشفعة لان الملك بالشراء لم يقع للمولى وان لم يكن عليه دين فلا يستحق الاخذ بالشفعة لان الملك يقع له وكذا اذا اشترى المولى داراً والمأذون شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة وان لم يكن فلا يتصور الاخذ بالشفعة لما قلنا (وأما) المكاتب اذا باع أو اشترى دارا والمولى شفيعها فله أن يأخذ بالشفعة سواء كان عليه دين أو لم يكن لانه فيما يبيع ويشترى مع المولى بمنزلة الاجنبى لانه حر يداً ألا ترى انه لا سبيل لمولاه على ما فى يده فكان فى حق ما فى يده ملحقا بسائر الاجانب والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) عدم الرضا من الشفيع بالبيع وحكمه فان رضى بالبيع أو بحكمه فلا شفعة له لان حق الشفعة انما يثبت له دفعاً لضرر المشترى فاذا رضى بالشراء أو بحكمه فقد رضى بضرر جواره فلا يستحق الدفع بالشفعة ثم الرضا قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة (أما) الصريح فلا يشكل (وأما) الدلالة فنحو ان يبيع الشفيع الدار المشفوع فيها بأن وكله صاحب الدار ببيعها فباعها فلا شفعة له لان بيع الشفيع دلالة الرضا بالعقد وثبوت حكمه وهو الملك للمشترى وكذلك المضارب اذا باع داراً من مال المضاربة ورب المال شفيعها بدار له أخرى فلا شفعة لرب الدار سواء كان فى الدار ربح أو لم يكن (أما) اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والرضا بالتوكيل بالبيع رضا بالبيع وحكمه ضرورة وانه يمنع وجوب الشفعة وان كان فيها ربح (أما) فى حصة رب المال فلما ذكرنا من وجود دلالة الرضا بالبيع فى حصته (وأما) فى حصة المضارب فلانه متى امتنع الوجوب فى حصة رب المال فلو ثبت فى حصة المضارب لادى الى تفريق الصفقة على المشترى وانه لا يجوز ولان المشترى صار شريكا للمضارب والشريك مقدم على الجار ولو كان الشفيع وكيلا بشراء الدار المشفوع فيها فاشترى لموكله فللشفيع الشفعة لان الشراء لغيره لا يكون فوق الشراء لنفسه والشراء لنفسه لا يمنع وجوب الشفعة حتى لو اشترى الدار المشفوع فيها ثم حضر شفيع آخر كان له أن يأخذ النصف بالشفعة فالشراء لغيره لان لا يمنع الوجوب أولى ولو باع رب المال داراً لنفسه والمضارب شفيعها بدار من المضاربة فان كان فى يده من مال المضاربة وفاء بثمن الدار لم تجب الشفعة لان الاخذ ذاك يقع لرب المال وقد وجد منه دلالة الرضا بثبوت الملك للمشترى وانه يمنع وجوب الشفعة ولو لم يكن فى يده وفاء فان لم يكن فى الدار ربح فلا شفعة أيضاً لان الاخذ يقع لرب المال وان كان فيها ربح فللمضارب أن يأخذها بالشفعة لنفسه لان له نصيبا فى ذلك ولم يوجد منه الرضا سقوط حقه ولو اشترى أجنبى داراً الى جنب دار المضاربة فان كان فى يد المضارب وفاء بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وله أن يسلم الشفعة لان حق الاخذ له فيملك تسليمه وان لم يكن فى يده وفاء فان كان فى الدار ربح فالشفعة لرب المال والمضارب جميعا لان الدار مشتركة بينهما وان لم يكن فيها ربح فالشفعة لرب

المال خاصة لان الدار ملكه خاصة والشفعة من حقوق الملك وعلى هذا يخرج ما اذا باع الدار على أن يضمن له الشفيع الثمن من المشترى فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع انه لا شفعة للشفيع لان ضمان الثمن من المشترى دلالة الرضا بالشراء وحكمه لان تمام العقد وابرامه يتعلق به فكان دليل الرضا وكذا لو اشترى المشترى الدار على أن يضمن الشفيع الدرك عن البائع فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع انه لا شفعة للشفيع لانه لما ضمن الدرك فقد صار راضيا بالعقد وحكمه وهو الملك للمشترى فلم تجب الشفعة وأما اسلام الشفيع فليس بشرط لوجوب الشفعة فتجب لاهل الذمة فيما بينهم وللذمى على المسلم لان هذا حق التملك على المشترى بمنزلة الشراء منه والكافر والمسلم فى ذلك سواء لانه من الامور الدنيوية وروى عن شريح انه قضى بالشفعة لذمى على مسلم فكتب الى سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه فأجازه وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم فيكون ذلك اجماعا ولو اشترى ذمى من ذمى دارا بخمر أو خنزير وشفيعها ذمى أو مسلم وجبت الشفعة عند أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله لا تجب بناء على ان ذلك ليس بمال عنده أصلا حتى لم يكن مضمونا بالاتلاف أصلا ومن شرط وجوب الشفعة معاوضة المال بالمال وعندنا هو مال متقوم فى حق أهل الذمة بمنزلة الخل والشاة لنا ثم اذا وجبت الشفعة فان كان الشفيع ذميا أخذ الدار بمثل الخمر وبقيمة الخنزير لان الخمر عندهم من ذوات الامثال كالخل والخنزير ليس من ذوات الامثال بل من ذوات القيم كالشاة وان كان مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير لان الاخذ تملك والمسلم ليس من أهل تملك الخمر والخنزير فمتى تعذر عليه التملك بالعين تملك بالقيمة كما لو كان الشراء بالعرض انه يأخذها بقيمة العرض كذا هذا وكذا الحرية والذكورة والعقل والبلوغ والعدالة فتجب الشفعة للمأذون والمكاتب ومعتق البعض والنسوان والصبيان والمجانين وأهل البغى لانه حق مبنى على الملك وهؤلاء من أهل ثبوت الملك لهم الا أن الخصم فيما يجب للصبى أو عليه وليه الذى يتصرف فى ماله من الاب ووصيه والجد لاب ووصيه والقاضى ووصى القاضى فاذا بيعت دار والصبى شفيعها كان لوليه أن يطالب بالشفعة ويأخذ له لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشترى والولى يملك ذلك كما يملك الشراء فان سلم الشفعة صح التسليم ولا شفعة للصبى اذا بلغ عند أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يصح تسليمه والصبى على شفعته اذا بلغ (وجه) قوله ان هذا حق ثبت للصبى نظراً فابطاله لا يكون نظراً فى حقه ومثل هذا لا يدخل تحت ولاية الولى كالعفو عن قصاص وجب للصبى على انسان والابراء عن كفالته بنفس أو مال ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ما ذكرنا ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فتسليمه امتناع من الشراء وللولى ولاية الامتناع من الشراء ألا ترى ان من قال بعت هذا الشىء لفلان الصبى لا يلزم الولى القبول وهذا لان الولى يتصرف فى مال الصبى على وجه المصلحة والمصلحة قد تكون فى الشراء وقد تكون فى تركه والولى أعلم بذلك فيفوض اليه وعلى هذا الخلاف اذا سكت الولى أو الوصى عن الطلب انه يبطل حق الشفعة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يبطل وذكر فى نوادر أبى يوسف رحمه الله فيمن اشترى داراً وابنه الصغير شفيعها كان له أن يأخذ لابنه الصغير بالشفعة فان لم يأخذ وسلم لنفسه جاز لان الشراء لا ينافى الاخذ بالشفعة لان كل واحد منهما تملك بعوض ولهذا لو كان وكيلا بالشراء لغيره كان له ان يأخذ بالشفعة لنفسه فلان يملك الاخذ لابنه أولى واذا ملك الاخذ ملك التسليم لانه امتناع عن الاخذ ولو باع داراً لنفسه وابنه شفيعها لم يكن له أن يأخذ بالشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك والبيع تمليك فينافى التملك ولهذا لا يملك الوكيل بالبيع لغيره أن يأخذ بالشفعة واذا لم يملك الاخذ لم يملك التسليم فلم يصح تسليمه وتوقف الى حين بلوغ الصبى كما اذا لم يكن له ولى وأما الوصى اذا اشترى داراً لنفسه والصبى شفيعها لم يكن له أن يأخذ بالشفعة للصغير ولو سلم الشفعة فالصغير على شفعته وكذا اذا باع لانه ملك الدار بالشراء لنفسه فبالاخذ بالشفعة للصغير يريد تمليك ما ملكه من الصغير والوصى لا يملك تمليك مال الصغير الا اذا كان فيه نفع ظاهر له واذا لم يملك الاخذ بالشفعة لم يكن سكوته عن الطلب تسليما للشفعة فبقى حق الصغير

فى الشفعة يأخذه اذا بلغ والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يتأكد به حق الشفعة ويستقر فنقول وبالله تعالى التوفيق انه يتأكد ويستقر بالطلب والكلام فى الطلب فى مواضع فى بيان وقت الطلب وفى بيان شروطه وفى بيان كيفيته وفى بيان حكمه (أما) وقته فالطلب نوعان طلب مواثبة وطلب تقرير (أما) طلب المواثبة فوقته وقت علم الشفيع بالبيع حتى لو سكت عن الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل شفعته لانه ترك الطلب قبل وقت الطلب فلا يضره ثم علمه بالبيع قد يحصل بسماعه بالبيع بنفسه وقد يحصل باخبار غيره لكن هل يشترط فيه العدد والعدالة اختلف أصحابنا رحمهم الله فيه فقال أبو حنيفة رضى الله عنه يشترط أحد هذين اما العدد فى المخبر رجلان أو رجل وامرأتان واما العدالة وقال أبو يوسف ومحمد لا يشترط فيه العدد ولا العدالة حتى لو أخبره واحد بالشفعة عدلا كان أو فاسقا حرا أو عبدا مأذونا بالغا أو صبيا ذكرا أو أنثى فسكت ولم يطلب على فور الخبر على رواية الاصل أو لم يطلب فى المجلس على رواية محمد بطلت شفعته عندهما اذا ظهر كون الخبر صدقا وهذا على اختلافهم عن عزل الوكيل وعن جناية العبد وعن عجز المولى على ما ذكر فى كتاب الوكالة فهما يقولان العدد والعدالة ساقطا الاعتبار شرعا فى المعاملات وهذا من باب المعاملة فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة ولابى حنيفة رضى الله عنه ان هذا اخبار فيه معنى الالزام ألا ترى ان حق الشفيع يبطل لو لم يطلب بعد الخبر فاشبه الشهادة فيعتبر فيه أحد شرطى الشهادة وهو العدد أو العدالة ولو أخبر المشترى الشفيع بنفسه فقال قد اشتريته فلم يطلب شفعته وان لم يكن المشترى عدلا كذا روى عن أبى حنيفة لان المشترى خصم وعدالة الخصم ليست بشرط فى الخصومات وقالوا فى المخيرة اذا بلغها التخيير انه لا يشترط فى المخبر العدد ولا العدالة والفرق لابى حنيفة رحمه الله ان الاخبار عن التخيير ليس فى معنى الشهادة لخلوه عن الزام حكم فلم يعتبر فيه أحد شرطى الشهادة بخلاف الاخبار عن البيع فى باب الشفعة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرطه فهو أن يكون على فور العلم بالبيع اذا كان قادرا عليه حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حق الشفعة فى رواية الاصل وروى عن محمد رحمه الله انه على المجلس كخيار المخيرة وخيار القبول ما لم يقم عن المجلس أو يتشاغل عن الطلب بعمل آخر لا تبطل شفعته وله ان يطلب وذكر الكرخى رحمه الله ان هذا أصح الروايتين (وجه) هذه الرواية ان حق الشفعة ثبت نظرا للشفيع دفعا للضرر عنه فيحتاج الى التأمل ان هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن وانه هل يتضرر بجوار هذا المشترى فيأخذ بالشفعة أو لا يتضرر فيترك وهذا لا يصح بدون العلم بالبيع والحاجة الى التأمل شرط المجلس فى جانب المخيرة والقبول كذا ههنا (وجه) رواية الاصل ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الشفعة لمن واثبها وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال انما الشفعة كنشط عقال ان قيد مكانه ثبت والا ذهب وفى بعض الروايات انما الشفعة كحل عقال ان قيد مكانه ثبت والا فاللوم عليه ولانه حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس اذ الاخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير اذن مالكه لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم فلا يستقر الا بالطلب على المواثبة (وأما) الاشهاد فليس بشرط لصحة الطلب حتى لو طلب على المواثبة ولم يشهد صح طلبه فيما بينه و بين الله سبحانه وتعالى جلت عظمته وانما الاشهاد للاظهار عند الخصومة على تقدير الانكار لان من الجائز أن المشترى لا يصدق الشفيع فى الطلب أو لا يصدق فى الفور ويكون القول قوله فيحتاج الى الاظهار بالبينة عند القاضى على تقدير عدم التصديق لانه شرط صحة الطلب ونظيره من أخذ لقطة ليردها على صاحبها فهلكت فى يده لا ضمان عليه فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى وانما الحاجة الى الاشهاد عند أبى حنيفة رضى الله عنه لتوثيق الاخذ للرد على تقدير الانكار الا أنه شرط البراءة عن الضمان حتى لو صدقه صاحبها فى ذلك ثم طلب منه الضمان ليس له ذلك بالاجماع كذا هذا واذا طلب على المواثبة فان كان هناك شهود اشهدهم وتوثق الطلب وان لم يكن بحضرته من يشهده فبعث فى طلب شهود لم تبطل شفعته لما قلنا أن الاشهاد لاظهار الطلب عند الحاجة لكن يصح الاشهاد على الطلب على رواية الفور

فبطلت الشـهادة على الفور ضرورة وعلى رواية المجلس اذا قال وهو فى المجلس ادعوا الى شهوداً أشهدهم فجاء الشهود فاشهدهم صح وتوثق الطلب لان المجلس قائم ولو أخبر ببيع الدار فقال الحمـد لله قد ادعيت شفعتها أو سبحان الله قد ادعيت شفعتها فهو على شفعته على رواية محمد لان هـذا ذكر لا فتتاح الكلام تبركا به فلا يكون دليل الاعراض عن الطلب وكذا اذا سلم أو شمت العاطس لان ذلك ليس بعـمل يدل على الاعراض ولهـذا لم يبطل به خيار المخيرة وكذلك اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لان الانسان قد يرضى بمجاورة انسان دون غيره وقد تصلح له الدار بثمن دون غيره فكان السؤال عن حال الجار ومقدار الثمن من مقدمات الطلب لا اعراضاً عنه وهذا كله على رواية اعتبار المجلس فاما على رواية اعتبار الفور تبطل شفعته فى هذه المواضع لا نقطاع الفور من غير ضرورة ولو أخبر بالبيع وهو فى الصلاة فمضى فيها فالشفيع لا يخـلو من أن يكون فى الفرض أو فى الواجب أو فى السـنة أو فى النفل المطلق فان كان فى الفرض لا تبطل شـفعته لان قطعها حرام فكان معـذوراً فى ترك الطلب وكذا اذا كان فى الواجب لان الواجب ملحق بالفرض فى حق العمل وان كان فى السنة فكذلك لان هذه السنن الراتبة فى معنى الواجب سواء كانت السنة ركعتين أو أربعاً كالاربع قبل الظهر حتى لو اخبر بعد ما صلى ركعتين فوصل بهما الشفع الثانى لم تبطل شفعته لانها بمنزله صـلاة واحدة واجبة وقال محمد اذا بلغ الشفيع البيع فصلى بعد الجمة أربعاً لم تبطل شفعته وان صلى أكثر من ذلك بطلت شفعته لان الاربع بتسليمة واحدة سنة فصار كالركعتين والزيادة عليها ليست بسـنة وذكر محمد رحمه الله فى المخيرة اذا كانت فى صلاة النفل فزادت على ركعتين بطل خيارها لان كل شفع من التطوع صلاة على حـدة والغائب اذا علم بالشفعة فهو مثـل الحاضر فى الطلب والاشهاد لانه قادر على الطلب الذى يتأكد به الحق وعلى الاشهاد الذى يتوثق به الطلب ولو وكل الغائب رجلا ليأخذ له بالشفعة فذلك طلب منه لان فى التوكيل طلباً وزيادة واذا طلب الغائب على المواثبـة وأشهد فله بعد ذلك من الاجل مقدار المسافة التى يأتى الى حيث البائع أو المشـترى أو الدار لا زيادة عليه لان تأجيل هذا القدر للضرورة ولا ضرورة للزيادة (أما) طلب التقرير فشرطه أن يكون على فور الطلب الاول والاشهاد عليـه فاذا طلب على المواثبة وأشهد على فوره ذلك شخصاً الى حيث البائع أو المشـترى أو الدار اذا كان قادراً عليه وتفصيل الكلام فيه ان المبيع اما أن يكون فى يد البائع واما أن يكون فى يد المشترى فان كان فى يد البائع فالشفيع بالخيار ان شاء طلب من البائع وان شاء طلب من المشترى وان شاء طلب عند الدار (أما) الطلب من البائع والمشترى فلان كل واحد منهما خصم البائع باليد والمشترى بالملك فكان كل واحـد منهما خصما فصح الطلب من كل واحـد منهما (وأما) الطلب عنـد الدار فلان الحق متعلق بها فان سكت عن الطلب من أحد المتبايعين وعند الدار مع القدرة عليه بطلت شفعته لانه فرط فى الطلب وان كان فى يد المشترى فان شاء طلب من المشـترى وان شاء عند الدار ولا يطلب من البائع لانه خرج من أن يكون خصما بزوال يده ولا ملك له فصار بمنزلة الاجنبى ولو لم يطلب من المشترى ولا عند الدار وشخص الى البائع للطلب منه والاشهاد بطلت شفعته لوجود دليل الاعراض وفى الحقيقة لوجود دليل الرضا ولو تعاقد البائع والمشترى فى غير الموضع الذى فيه الدار فليس على الشفيع أن يأتيهما ولكنه يطلب عند الدار ويشهد عليه لان الشفيع اذا كان بجنب الدار والعاقدان غائبان تعينت الدار للطلب عندها والاشهاد فان لم يطلب عنـدها وشخص الى العاقدين بطلت شفعته لوجود الاعراض عن الطلب هذا اذا كان قادراً على الطلب من المشترى أو البائع أو عند الدار فاما اذا كان هناك حائل بأن كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة أو غير ذلك من الموانع لا تبطل شفعته بترك المواثبـة الى ان يزول الحائل (وأما) الاشهاد على هـذا الطلب فليس بشرط لصحته كما ليس بشرط لصحة طلب المواثبة وانمـا هو لتوثيقـه على تقدير الانكار كما فى الطلب الاول وكذا تسمية المبيع وتحـديده ليس بشرط لصحة الطلب والاشهاد فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه شرط لان الطلب لا يصح الا بعد العلم والعقار لا يصير معلوماً الا بالتحديد فلا يصـح الطلب والاشهاد بدونه (وأما) بيان كيفية الطلب فقد اختلف فيـه

عبارات

عبارات المشايخ عن محمد بن مقاتل الرازى رحمه الله ان الشفيع يقول طلبت الشفعة وأطلبها وأنا طالبها وعن محمد بن سلمة رضى الله عنه انه كان يقول طلبت الشفعة فحسب وعن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله انه لا يراعى فيه ألفاظ الطلب بل لو أتى بلفظ يدل على الطلب أى لفظ كان يكفى نحو أن يقول ادعيت الشفعة أو سألت الشفعة ونحو ذلك مما يدل على الطلب وهو الصحيح لان الحاجة الى الطلب ومعنى الطلب يتأدى بكل لفظ يدل عليه سواء كان بلفظ الطلب أو بغيره (وأما) حكم الطلب فهو استقرار الحق فالشفيع اذا أتى بطلبين صحيحين استقر الحق على وجه لا يبطل بتأخير المطالبة بالاخذ بالشفعة أبداً حتى يسقطها بلسانه وهو قول أبى حنيفة واحدى الروايتين عن أبى يوسف وفى رواية أخرى قال اذا ترك المخاصمة الى القاضى فى زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفعته ولم يؤقت فيه وقتا وروى عنه انه قدره بما يراه القاضى وقال محمد وزفر رحمهما الله اذا مضى شهر بعد الطلب ولم يطلب من غير عذر بطلت شفعته وهو رواية عن أبى يوسف أيضا (وجه) قول محمد وزفر ان حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع ولا يجوز دفع الضرر عن الانسان على وجه يتضمن الاضرار بغيره وفى ابقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة أبداً اضرار بالمشترى لانه لا يبنى ولا يغرس خوفا من النقض والقلع فيتضرر به فلا بد من التقدير بزمان لئلا يتضرر به فقدرنا بالشهر لانه أدنى الآجال فاذا مضى شهر ولم يطالب من غير عذر فقد فرط فى الطلب فتبطل شفعته (وجه) قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين والاصل ان الحق متى ثبت لانسان لا يبطل الا بابطال ولم يوجد لان تأخير المطالبة منه لا يكون ابطالا كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون وقوله يتضرر المشترى ممنوع فانه اذا علم ان للشفيع أن يأخذ بالشفعة فالظاهر أن يمتنع من البناء والغرس خوفا من النقض والقلع فلئن فعل فهو الذى أضر بنفسه فلا يضاف ذلك الى الاخذ بالشفعة ولهذا لم يبطل حق الشفعة بغيبة الشفيع ولا يقال ان فيه ضررا بالمشترى بالامتناع من البناء والغرس لما قلنا كذا هذا

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته فى الاصل نوعان اختيارى وضرورى والاختيارى نوعان صريح وما يجرى مجرى الصريح ودلالة أما الاول فنحو أن يقول الشفيع ابطلت الشفعة أو اسقطتها أو أبرأتك عنها أو سلمتها ونحو ذلك لان الشفعة خالص حقه فيملك التصرف فيها استيفاء واسقاطا كالابراء عن الدين والعفو عن القصاص ونحو ذلك سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد أن كان بعد البيع لان هذا اسقاط الحق صريحا وصريح الاسقاط يستوى فيه العلم والجهل كالطلاق والابراء عن الحقوق بخلاف الاسقاط من طريق الدلالة فانه لا يسقط حقه ثمة الا العلم والفرق يذكر بعد هذا ولا يصح تسليم الشفعة قبل البيع لانه اسقاط الحق واسقاط الحق قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه محال ولو أخبر بالبيع بقدر من الثمن أو جنس منه أو من فلان فسلم فظهر بخلافه فهل يصح تسليمه فالاصل فى جنس هذه المسائل انه ينظر ان كان لا يختلف غرض الشفيع فى التسليم صح التسليم وبطلت شفعته وان كان يختلف غرضه لم يصح وهو على شفعته لان غرضه فى التسليم اذا لم يختلف بين ما أخبر به وبين ما بيع به وقع التسليم محصلا لغرضه فصح واذا اختلف غرضه فى التسليم لم يقع التسليم محصلا لغرضه فلم يصح التسليم وبيان هذا فى مسائل اذا أخبر ان الدار بيعت بألف درهم فسلم ثم تبين انها بيعت بألفين فلا شفعة له لان تسليمه كان لاستكثاره الثمن فاذا لم تصلح له بأقل الثمنين فبأكثرهما أولى فحصل غرضه بالتسليم فبطلت شفعته ولو أخبر انها بيعت بألف فسلم ثم تبين انها بيعت بخمسمائة فله الشفعة لان التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند قلته فلم يحصل غرضه بالتسليم فبقى على شفعته ولو أخبر انها بيعت بألف درهم ثم تبين انها بيعت بمائة دينار فان كانت قيمتها ألفاً أو أكثر فلا شفعة له وان كانت أقل فهو على شفعته عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله له الشفعة فى الوجهين جميعاً (وجه) قول زفر ان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة واعتبار الحقائق هو الاصل والغرض يختلف باختلاف الجنس لانه قد يتيسر عليه جنس ويتعذر عليه الآخر فلم يقع

التسليم محصلا لغرضه فيبقى على شفعته كما لو أخبر انها بيعت بحنطة فسلم ثم تبين انها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الحنطة (ولنا) ان الدراهم والدنانير فى حق الثمنية كجنس واحد لانها أثمان الاشياء وقيمتها تقوم الاشياء بها تقويما واحداً أعنى انها تقوم بهذا مرة و بذاك أخرى وانما يختلفان فى القدر لا غير فوجب اعتبار قدر قيمتهما فى الكثرة والقلة كما اذا أخبر انها بيعت بألف درهم أو بمائة دينار فسلم ثم تبين انها بيعت بأ كثر أو بأقل على ما بينا كذا هذا بخلاف ما اذا أخبر انها بيعت بحنطة فسلم ثم تبين انها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الحنطة أو أقل أو أ كثر لان هناك اختلف اذ الحنطة والشعير جنسان مختلفان على الاطلاق واختلاف الجنس يوجب اختلاف الغرض فلم يصح التسليم ولو أخبر انها بيعت بألف درهم فسلم ثم تبين انها بيعت بمكيل أو بموزون سوى الدراهم والدنانير أو عددى متقارب فالشفعة قائمة لان الثمن الذى وقع به البيع اذا كان من ذوات الامثال فالشفيع يأخذ بمثله وانه جنس آخر غير الجنس الذى أخبر به الشفيع فاختلف الغرض ولو أخبر انها بيعت بألف فسلم ثم تبين انها بيعت بعرض وما ليس من ذوات الامثال فان كانت قيمته مثل الالف أو أ كثر صح تسليمه وان كانت أقل لم يصح تسليمه وله الشفعة لان الشفيع ههنا يأخذ الدار بقيمة العرض لانه لا مثل له وقيمته دراهم أو دنانير فكان الاختلاف راجعاً الى القدر فأشبه الالف والالفين والالف وخمسمائة على ما مر ولو أخبر بشراء نصف الدار فسلم ثم تبين انه اشترى الجميع فله الشفعة ولو أخبر بشراء الجميع فسلم ثم تبين انه اشترى النصف فالتسليم جائز ولا شفعة له هذا هو الرواية المشهورة فى الفصلين وقد روى الجواب فيهما على القلب وهو ان التسليم فى النصف يكون تسليما فى الكل والتسليم فى الكل لا يكون تسليما فى النصف (وجه) هذه الرواية ان تسليم النصف لعجزه عن الثمن ومن عجز عن القليل كان عن الكثير أعجز فأما العجز عن الكثير لا يدل على العجز عن القليل (وجه) الرواية المشهورة ان التسليم فى النصف للاحتراز عن الضرر وهو ضرر الشركة وهذا لا يوجد فى الكل فاختلف الغرض فلم يصح التسليم فبقى على شفعته واذا صح تسليم الكل فقد سلم البعض ضرورة لانه داخل فى الكل فصار بتسليم الكل مسلماً للنصف لان الشركة عيب فكان التسليم بدون العيب تسليما مع العيب من طريق الاولى ولو أخبر ان المشترى زيد فسلم ثم تبين انه عمرو فهو على شفعته لان التسليم للامن عن الضرر والامن عن ضرر زيد لا يدل على الامن عن ضرر عمرو لتفاوت الناس فى الجوار ولو أخبر ان المشترى زيد فسلم ثم تبين انه زيد وعمرو كان له أن يأخذ نصيب عمرو لانه سلم نصيب زيد لا نصيب عمرو فبقى له الشفعة فى نصيبه ولو أخبر ان الدار بيعت بألف درهم فسلم ثم ان البائع حط عن المشترى خمسمائة وقبل المشترى الحط كان له الشفعة لان الحط يلتحق بأصل العقد فتبين ان البيع كان بخمسمائة فصار كما اذا أخبر انها بيعت بألف فسلم ثم تبين انها بيعت بخمسمائة ولو لم يقبل الحط لم تجب الشفعة لان الحط لم يصح اذا لم يقبل فلم يتبين انها بيعت بأنقص من الف فلم تجب الشفعة ولو باع الشفيع داره التى يشفع بها بعد شراء المشترى هل تبطل شفعته فهذا لا يخلو اما ان كان البيع باتا واما ان كان فيه شرط الخيار فان كان باتاً لا يخلو اما ان باع كل الدار واما ان باع جزأ منها فان باع كلها بطلت شفعته لان سبب الحق هو جوار الملك وقد زال سواء علم بالشراء أو لم يعلم لان هذا فى معنى صريح الاسقاط لان ابطال سبب الحق ابطال الحق فيستوى فيه العلم والجهل فان رجعت الدار الى ملكه بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو بخيار شرط للمشترى فليس له أن يأخذ بالشفعة لان الحق قد بطل فلا يعود الا بسبب جديد وكذلك لو باعها الشفيع بيعاً فاسداً وقبضها المشترى بطلت شفعته لزوال سبب الحق وهو جوار الملك فان نقض البيع فلا شفعة له لما ذكرنا ان الحق بعد ما بطل لا يعود الا بسبب جديد وان باع جزأ من داره فان باع جزأ شائعاً منها فله الشفعة بما بقى لان ما بقى يصلح لاستحقاق الشفعة ابتداء فأولى أن يصلح للبقاء لان البقاء أسهل من الابتداء وان باع جزأ معيناً بيتاً أو حجرة فان كان ذلك لا يلى الدار التى فيها الشفعة فكذلك لان السبب وهو جوار الملك قائم وان كان مما يلى تلك الدار فان استغرق حدود الدار التى فيها الشفعة بطلت الشفعة لان الجوار قد زال وان بقى من حدها شىء ملاصق لما بقى من الدار فهو على شفعته لما ذكرنا ان

هذا

هذا القدر يصلح للاستحقاق ابتداء فلان يصلح لبقاء المستحق أولى وان كان فيه خيار الشرط فان كان الخيار للبائع وهو الشفيع فهو على شفعته ما لم يوجب البيع لان السبب وهو جوار الملك قائم لان خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه فان طلب الشفعة فى مدة الخيار كان ذلك منه نقضاً للبيع لان طلب الشفعة دليل استبقاء الملك فى المبيع وذلك اسقاط للخيار ونقض للبيع وان كان الخيار للمشترى بطلت شفعته لان الدار خرجت عن ملكه بلا خلاف فزال سبب الحق وهو جوار الملك وان كان الشفيع شريكاً وجاراً فباع نصيبه الذى يشفع به كان له أن يطلب الشفعة بالجوار لانه ان بطل أحد السببين وهو الشركة فقد بقى الآخر وهو الجوار ولهذا استحق به ابتداء فلان يبقى به الاستحقاق أولى ولو صالح المشترى الشفيع من الشفعة على مال لم يجز الصلح ولم يثبت العوض وبطل حق الشفعة أما بطلان الصلح فلانعدام ثبوت الحق فى المحل لان الثابت للشفيع حق التملك وانه عبارة عن ولاية التملك وانها معنى قائم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه فبطل الصلح ولم يجب العوض وأما بطلان حق الشفيع فى الشفعة فلانه أسقطه بالصلح فالصلح وان لم يصح فاسقاط حق الشفعة صحيح لان صحته لا تقف على العوض بل هو شئ من الاموال لا يصلح عوضاً عنه فالتحق ذكر العوض بالعدم فصار كانه سلم بلا عوض وعلى هذا اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بألف درهم فقالت اخترتك لم يجب العوض وبطل خيارها وكذلك العنين اذا قال لامرأته بعد ما اخبرت بسبب العنة اختارى ترك الفسخ بالعنة بألف فقالت اخترت بطل خيارها ولم يجب العوض وفى الكفالة بالنفس اذا أسقطها بعوض روايتان فى رواية لا يجب العوض وتبطل الكفالة كما فى الشفعة وفى رواية لا تبطل الكفالة (وجه) الرواية الاولى انه أسقط الكفالة بعوض فالاعتياض ان لم يصح فالاسقاط صحيح لان صحته لا تقف على العوض (وجه) الرواية الاخرى انه مارضى بالسقوط الا بعوض ولم يثبت العوض فلا يسقط وأما بطلان الشفعة من طريق الدلالة فهو ان يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشترى وهو ثبوت الملك له لان حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا فيبطل بدلالة الرضا أيضاً وذلك نحو ما اذا علم بالشراء فترك الطلب على الفور من غير عذر أو قام عن المجلس أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين لان ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للدخيل وكذا اذا ساوم الشفيع الدار من المشترى أو سأله أن يوليه اياها أو استاجرها الشفيع من المشترى أو أخذها مزارعة أو معاملة وذلك كله بعد علمه بالشراء لان ذلك كله دليل الرضا أما المساومة فلانها طلب تمليك بعقد جديد وانه دليل الرضا بملك المتملك وكذلك التولية لانها تملك بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وانها دليل الرضا بملك المتملك وأما الاستئجار والاخذ معاملة أو مزارعة فلانها تقرير لملك المشترى فكانت دليل الرضا بملكه فرق بين هذا وبين الفصل الاول حيث شرط ههنا علم الشفيع بالشراء لبطلان حق الشفعة وهناك لم يشترط وانما كان كذلك لان السقوط فى الفصل الاول بصريح الاسقاط والاسقاط تصرف فى نفس الحق فيستدعى ثبوت الحق لا غير كالطلاق والعتاق والابراء عن الديون والسقوط ههنا بطريق الدلالة وهى دلالة الرضا لا بالتصرف فى محل الحق بل فى محل آخر والتصرف فى محل آخر لا يصلح دليل الرضا الا بعد العلم بالبيع اذ الرضا بالشئ بدون العلم به محال والله عز وجل أعلم ولو سلم الشفعة فى النصف بطلت فى الكل لانه لما سلم فى النصف بطل حقه فى النصف المسلم فيه بصريح الاسقاط وبطل حقه فى النصف الباقى لانه لا يملك تفريق الصفقة على المشترى فبطلت شفعته فى الكل ولو طلب نصف الدار بالشفعة هل يكون ذلك تسليما منه للشفعة فى الكل اختلف فيه أبو يوسف ومحمد قال أبو يوسف لا يكون تسليما وقال محمد يكون تسليما فى الكل الا أن يكون سبق منه طلب الكل بالشفعة فلم يسلم له المشترى فقال له حينئذ اعطنى نصفها على أن أسلم لك النصف الباقى فان هذا لا يكون تسليما (وجه) قول محمد انه لما طلب النصف بالشفعة فقد أبطل حقه فى النصف الآخر لانه ترك الطلب فيه مع القدرة عليه وذا دليل الرضا فبطل حقه فيه فيبطل حقه فى النصف المطلوب ضرورة تعذر تفريق الصفقة على المشترى بخلاف ما اذا كان سبق منه الطلب فى الكل لانه لما طلب

فى الكل فقد تقرر حقه فى الكل ولم يكن قوله بعد ذلك أعطنى النصف على أن أسلم لك النصف الباقى تسليما بخلاف ماذاقال ابتداءلان الحق لم يتقرر بعد (وجه) قول أبى يوسف ان الحق ثبت له فى كل الدار والحق اذاثبت لا يسقط الا بالاسقاط ولم يوجد فبقى كما كان ان شاء أخذ الكل بالشفعة وان شاء ترك وجواب محمد رحمه الله عن هذا انه وجد منه الاسقاط فى النصف الذى لم يطلبه من طريق الدلالة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الضرورى فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الاخذ بالشفعة فتبطل شفعته وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا تبطل ولوارثه حق الاخذ ولقب المسئلة ان خيار الشفعة هل يورث عندنا لا يورث وعنده يورث والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام فى خيار الشرط وسيأتى ذكره فى كتاب البيوع ولا يبطل بموت المشترى وللشفيع أن يأخذ من وارثه لان الشفعة حق على المشترى ألا ترى انه مجبور عليه فى التملك فلا يسقط بموته كحق الرد بالعيب والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يملك به المشفوع فيه فنقول وبالله التوفيق المشفوع فيه يملك بالتملك وهو تفسير الاخذ بالشفعة فلا ملك للشفيع قبل الاخذ بل له حق الاخذ والتملك قبل الاخذ للمشترى لوجود سبب الملك فيه وهو الشراء فله أن يبنى ويغرس ويهدم ويقلع ويؤاجر ويطيب له الاجر ويأكل من ثمار الكرم ونحو ذلك وكذا له أن يبيع ويهب ويوصى واذا فعل ينفذ الا أن للشفيع أن ينقض ذلك بالاخذ بالشفعة لان حقه سابق على تصرف المشترى فيمتنع اللزوم ولو جعل المشترى الدار مسجدا أو مقبرة فللشفيع أن يأخذها بالشفعة وينقض ماصنع المشترى كذا ذكر فى الاصل وقال الحسن بن زياد بطلت شفعته (وجه) قوله ان المشترى تصرف فى ملك نفسه فينفذ كما لو باع الا أن البيع ونحوه مما يحتمل النقض بعد وجوده فنفذ ولم يلزم وهذه التصرفات مما لا يحتمل الانتقاض كالاعتاق فكان نفاذها لزومها ولنا أن تعلق حق الشفيع بالمبيع يمنع من صيرورته مسجدا لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى وتعلق حق العبد به يمنع خلوصه لله عز وجل فيمتنع صيرورته مسجدا وله أن يأخذ الدار المشتراة بالشفعة لوجود السبب وهو جوار الملك أو الشركة فى ملك المبيع وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى دارا ولها شفيع فبيعت دار الى جنب هذه الدار فطالب المشترى بالشفعة وقضى له بها ثم حضر الشفيع يقضى له بالدار التى بجواره ويمضى القضاء فى الثانية للمشترى أما للشفيع فظاهر وأما للمشترى فلان الجوار كان ثابتا له وقت البيع والقضاء بالشفعة الا أنه بطل بعد ذلك بأخذ الشفيع للدار بالشفعة وهذا لا يوجب بطلان القضاء لانه تبين ان جوار الملك لم يكن ثابتا كمن اشترى دارا ولها شفيع فقضى له بالشفعة ثم باع داره التى بها يشفع انه لا يبطل القضاء بالشفعة لما قلنا كذا هذا ولو كان الشفيع جار الدارين فالمسئلة بحالها فيقضى له بكل الدار الاولى وبالنصف من الثانية لانه جار خاص للدار الاولى فيختص بشفعتها وهو مع المشترى جاران للدار الثانية فيشتركان فى شفعتها وشراء المشترى لا يبطل حقه فى الشفعة ولانه لا ينافيه بل يقرره على ما بينا فيما تقدم وروى عن أبى يوسف رحمه الله فيمن اشترى نصف دار ثم اشترى رجل آخر نصفها الآخر فخاصمه المشترى الاول فيقضى له بالشفعة بالشركة ثم خاصمه الجار فى الشفعتين جميعا ان الجار أحق بشفعة النصف الاول ولا حق له فى النصف الثانى لانه جار للنصف الاول فيأخذه بالجوار والمشترى شريك عند بيع النصف الثانى لثبوت الملك له فى النصف الاول بسبب الشراء وثبوت الحق للشفيع فى النصف الاول لا يمنع ثبوت الملك للمشترى فيه فكان شريكا عند بيع النصف الثانى والشريك مقدم على الجار وكذلك لو اشترى نصفها ثم اشترى نصفها الآخر رجل آخر فلم يخاصمه فيه حتى أخذ الجار النصف الاول فالجار أحق بالنصف الثانى لان الملك وان ثبت للمشترى الاول فى النصف الاول لكنه قد بطل بأخذ الجار بالشفعة فبطل حقه فى الشفعة ولو ورث رجل دارا فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة ثم بيعت دار الى جنب الثانية فأخذها بالشفعة ثم استحقت الدار الموروثة وطلب المستحق الشفعة فان المستحق يأخذ الدار الثانية والوارث أحق بالثالثة لان بالاستحقاق تبين أن الدار التى يشفع بها الوارث كانت ملك المستحق فتبين انه أخذ الثانية بغير حق اذ تبين انه لم يكن جارا فكانت الشفعة فى الثانية للمستحق والوارث

يكون أحق بالثالثة لان الملك كان ثابتا للوارث عند بيع الثالثة فكان السبب وهو جوار الملك ثابتا له عنده ثم بطل الاستحقاق و بطلان الملك لا يوجب بطلان الشفعة وليس للشفيع أن ينقض قسمة المشترى حتى لو اشترى نصف دار من رجل مشاعا وقاسم المشترى البائع ثم حضر الشفيع فالقسمة ماضية ليس للشفيع أن ينقضها ليأخذ نصفها مشاعا سواء كانت قسمته بقضاء أو بغير قضاء لان القسمة من تمام القبض ولهذا لم تصح هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لان القبض شرط صحة الهبة والقبض على التمام لا يتحقق مع الشياع واذا كانت القسمة من تمام القبض فالشفيع لا يملك نقض القبض بأن اشترى دارا وقبضها ثم حضر الشفيع وأراد أن ينقض قبضه ليأخذها من البائع لم يملك ذلك واذا لم يملك نقض القبض لا يملك نقض ما به تمام القبض وهو القسمة بخلاف ما اذا كانت الدار مشتركة بين اثنين باع أحدهما نصيبه من رجل فقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع ثم حضر الشفيع له أن ينقض القسمة لان القسمة هناك ليست من جملة القبض لانها من حكم البيع الاول اذ البيع الاول كما أوجب الملك أوجب القسمة فى المشاع والبيع الاول لم يقع مع هذا المشترى الذى قاسم فلم تكن هذه القسمة بحكم العقد بل بحكم الملك والتصرف بحكم الملك يملك الشفيع نقضه كالبيع والهبة وللشفيع أن يأخذ النصف الذى أصاب المشترى بالشفعة سواء وقع نصيب المشترى من جانب الشفيع أو من جانب آخر لان الشفعة وجبت له فى النصف المشترى والنصف الذى أصاب المشترى هو المشترى لان القسمة افراز ولو وقع نصيب البائع من جانب الشفيع فباعه بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الاولى ثم طلب الشفيع فان قضى القاضى بالشفعة الاخيرة جعل نصف البائع بين الشفيع و بين المشترى وقضى بالشفعة الاولى وهى نصف المشترى للشفيع لان الشفيع مع المشترى جاران لنصف البائع والشفيع جار خاص لنصف المشترى ولو بدأ فقضى للشفيع بالشفعة الاولى قضى له بالاخيرة أيضا لانه لما قضى له بالشفعة الاولى بطل حق جوار المشترى فلم يبق له حق الاخذ بالشفعة وللشفيع أن يرد المشفوع فيه بخيار الرؤية والعيب وللمشترى حق الحبس لاستيفاء الثمن لان الملك فيه لما كان يثبت بالتملك ببدل كان الاخذ بالشفعة شراء فيراعى فيه أحكام البيع والشراء والله سبحانه وتعالى أعلم

(فصل) وأما بيان طريق التملك بالشفعة و بيان كيفيته فالتملك بالشفعة يكون بأحد طريقين اما بتسليم المشترى واما بقضاء القاضى أما التملك بالتسليم بالبيع فظاهر لان الاخذ بتسليم المشترى برضاه ببدل يبذله الشفيع وهو الثمن يفسر الشراء والشراء تملك وأما بقضاء القاضى فالكلام فيه فى ثلاثة مواضع فى بيان كيفية التملك بالقضاء بالشفعة وفى بيان شرط جواز القضاء بالشفعة وفى بيان وقت القضاء بالشفعة أما الاول فالمبيع لا يخلو اما أن يكون فى يد البائع واما أن يكون فى يد المشترى فان كان فى يد البائع ذكر الكرخى رحمه الله أن القاضى اذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذى كان بين البائع و بين المشترى فى المشهور من قولهم وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه لا ينتقض واختلف المشايخ فيه قال بعضهم البيع لا ينتقض بل تتحول الصفقة الى الشفيع وقال بعضهم ينتقض البيع الذى جرى بين البائع والمشترى و ينعقد للشفيع بيع آخر كانه كان من البائع ايجابان أحدهما مع المشترى والآخر مع الشفيع فاذا قضى القاضى بالشفعة فقد قبل الشفيع الايجاب الذى أضيف اليه وانتقض ما أضيف الى المشترى سواء قبل المشترى الايجاب المضاف اليه أو لم يقبل (وجه) قول من قال بالتحول لا بالانتقاض أن البيع لو انتقض لتعذر الاخذ بالشفعة لانه من شرائط وجوب الشفعة فاذا انتقض لم يجب فتعذر الاخذ (وجه) قول من قال انه ينتقض نص محمد والمعقول والاحكام أما الاول فقد ذكر محمد رحمه الله وقال انتقض البيع فيما بين البائع والمشترى وهذا نص فى الباب وأما المعقول فمن وجهين أحدهما أن القاضى اذا قضى بالشفعة قبل القبض فقد عجز المشترى عن قبض المبيع والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع لخلوه عن الفائدة كما اذا هلك المبيع قبل القبض والثانى أن الملك قبل الاخذ بالشفعة للمشترى لوجود آثار الملك فى حقه على ما بينا فيما تقدم ولو تحول الملك الى الشفيع لم يثبت الملك للمشترى وأما الاحكام

فان للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية واذا رد عليه لا يعود شراء المشترى ولو تحولت الصفقة الى الشفيع لعاد شراء المشترى لان التحول كان لضرورة مراعاة حق الشفيع ولما رد فقد زالت الضرورة فينبغى أن يعود الشراء ولانها لو تحولت اليه لصار المشترى وكيلا للشفيع لان عقده يقع له ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشترى رآها قبل ذلك ورضى بها لان خيار الرؤية يبطل برؤية الوكيل ورضاه وكذلك لو كان الشراء بثمن مؤجل فأراد الشفيع أن يأخذها للحال يأخذ بثمن حال ولو تحولت الصفقة اليه لاخذها بثمن مؤجل وكذا لو اشتراها على أن البائع برىء من كل عيب بها عند البيع ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيبا فله أن يردها على من أخذها منه ولو تحولت تلك الصفقة الى الشفيع لما ثبت له حق الرد كما لم يثبت للمشترى فدلت هذه المسائل على أن شراء المشترى ينتقض ويأخذها الشفيع بشراء مبتدأ بعد ايجاب مبتدأ مضاف اليه وقد خرج الجواب عن قولهم أن البيع لو انتقض لتعذر الاخذ بالشفعة لانه لا يأخذ بذلك العقد لانتقاضه بل بعقد مبتدأ مقرر بين البائع وبين الشفيع على ما بينا تقريره والله سبحانه وتعالى أعلم

وان كان المبيع فى يد المشترى أخذه منه ودفع الثمن الى المشترى والبيع الاول صحيح لان التملك وقع على المشترى فيجعل كأنه اشترى منه ثم اذا أخذ الدار من يد البائع يدفع الثمن الى البائع وكانت العهدة عليه ويسترد المشترى الثمن من البائع ان كان قد نقد وان أخذها من يد المشترى دفع الثمن الى المشترى وكانت العهدة عليه لان العهدة هى حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق فيكون على من قبض الثمن وروى عن أبى يوسف رحمه الله أن المشترى اذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى للشفيع بحضر منهما أن الشفيع يأخذ الدار من البائع وينقد الثمن للمشترى والعهدة على المشترى وان كان لم ينقد دفع الشفيع الثمن الى البائع والعهدة على البائع لانه اذا كان نقد الثمن للبائع فالملك لا يقع على البائع أصلا لانه لا ملك له ولا يد أيضا لبطلان حق الحبس بنقد الثمن بل يقع على المشترى فيكون الثمن له والعهدة عليه واذا كان لم ينقد فللبائع حق الحبس فلا يتمكن الشفيع من قبض الدار الا بدفع الثمن الى البائع فكانت العهدة على البائع وأما شرط جواز القضاء بالشفعة فحضرة المقضى عليه لان القضاء على الغائب لا يجوز وجملة الكلام فيه أن المبيع اما أن يكون فى يد البائع واما أن يكون فى يد المشترى فان كان فى يد البائع فلا بد من حضرة البائع والمشترى جميعا لان كل واحد منهما خصم أما البائع فباليد وأما المشترى فبالملك فكان كل واحد منهما مقضيا عليه فيشترط حضرتهما لئلا يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وأما ان كان فى يد المشترى فحضرة البائع ليست بشرط ويكتفى بحضرة المشترى لان البائع خرج من أن يكون خصما لزوال ملكه ويده عن المبيع فصار كالاجنبى وكذا حضرة الشفيع أو وكيله شرط جواز القضاء له بالشفعة لان القضاء على الغائب كما لا يجوز فالقضاء للغائب لا يجوز أيضا ثم القاضى اذا قضى بالشفعة يثبت الملك للشفيع ولا يقف ثبوت الملك له على التسليم لان الملك للشفيع يثبت بمنزلة الشراء والشراء الصحيح يوجب الملك بنفسه وأما وقت القضاء بالشفعة فوقته وقت المنازعة والمطالبة بها فاذا طالبه بها الشفيع يقضى القاضى له بالشفعة سواء حضر الثمن أولا فى ظاهر الرواية وللمشترى أن يحبس الدار حتى يستوفى الثمن من الشفيع وكذا الورثة لان التملك بالشفعة بمنزلة الشراء من المشترى وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فان أبى أن ينقد حبسه القاضى لانه ظهر ظلمه بالامتناع من ايفاء حق واجب عليه فيحبسه ولا ينقض الشفعة كالمشترى اذا امتنع من ايفاء الثمن انه يحبس ولا ينقض البيع وان طلب أجلا لنقد الثمن أجله يوما أو يومين أو ثلاثة أيام لانه لا يمكنه النقد للحال فيحتاج الى مدة يتمكن فيها من النقد فيمهله ولا يحبسه لان الحبس جزاء الظلم بالمطل ولم يظهر مطله فان مضى الاجل ولم ينقد حبسه وقال محمد رحمه الله ليس ينبغى للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال فان طلب أجلا أجله يوما أو يومين أو ثلاثة أيام ولم يقض له بالشفعة فان قضى بالشفعة ثم أبى الشفيع أن ينقد حبسه وهذا عندى ليس باختلاف على الحقيقة وللقاضى أن يقضى بالشفعة قبل احضار الثمن بلا خلاف لان لفظ محمد رحمه الله ليس ينبغى للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال لا يدل على أنه ليس له أن يقضى بل هو اشارة الى نوع احتياط

واختيار الاول لا تستعمل لفظة لا ينبغي الا في مثله ولهذا لو قضى جاز ونفذ قضاؤه نص عليه محمد وليس ذلك لكونه محل الاجتهاد ولان القضاء بمذهب المخالف في المجتهدات انما ينفذ بشريطة اعتقاد اصابته فيه وافضاء اجتهاده اليه وقد أطلق القضية في النفاذ من غير هذا الشرط فدل انه لا خلاف في المسئلة على التحقيق ثم ان ثبت الخلاف (فوجه) قول محمد ان حق الشفعة انما يثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع والقضاء قبل احضار الثمن يتضمن الضرر بالمشترى لاحتمال افلاس الشفيع ودفع الضرر عن الانسان باضرار غيره متناقض فلا يقضى قبل الاحضار ولكن يؤجله يومين أو ثلاثة ان طلب التأجيل تمكينا له من نقد الثمن (وجه) ظاهر الروايه ان الشفيع يصير متملكا المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة كان اشتراه منه والتملك بالشراء لا يقف على احضار الثمن كما في الشراء المبتدأ وقال محمد رحمه الله لو ضرب له القاضي أجلا فقال له ان لم تأت بالثمن الى وقت كذا فلا شفعة لك فلم يأت به بطلت شفعته وكذا اذا قال الشفيع ان لم أعطك الثمن الى وقت كذا فأنا برىء من الشفعة لان هذا تعليق اسقاط حق الشفعة بالشرط والاسقاطات مما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق ونحو ذلك

﴿ فصل ﴾ وأما بيان شرط التملك فالتملك بالشفعة له شرطان أحدهما رضا المشترى أو قضاء القاضي لان تملك مال الغير مما لا سبيل اليه في الشرع الا بالتراضي أو بقضاء القاضي فلا يثبت التملك بدونهما والثاني أن لا يتضمن التملك تفريق الصفقة على المشترى فان تضمن ليس له أن يتملك لان في التفريق ضررا بالمشترى وهو ضرر الشركة ودفع الضرر بالضرر متناقض وعلى هذا يخرج ما اذا أراد الشفيع أن يأخذ بعض المشترى بالشفعة دون بعض أنه هل يملك ذلك فجملة الكلام فيه ان المشترى لا يخلو اما أن يكون بعضه ممتازا عن البعض واما أن لا يكون فان لم يكن بأن اشترى دارا أو واحدة فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها بالشفعة دون البعض أو يأخذ الجانب الذى يلي الدار دون الباقي ليس له ذلك بلا خلاف بين أصحابنا ولكن يأخذ الكل أو يدع لانه لو أخذ البعض دون البعض لتفرقت الصفقة على المشترى لان الملك له في كل الدار ثبت بقبول واحد فكان أخذ البعض تفريقا فلا يملكه الشفيع وسواء اشترى واحد من واحد أو واحد من اثنين أو أكثر حتى لو أراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين ليس له لما قلنا سواء كان المشترى قبض أو لم يقبض في ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى عنهم أن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض وليس له أن يأخذ من المشترى نصيب أحدهما بعد القبض (وجه) هذه الرواية ان التملك قبل القبض لا يتضمن معنى التفريق لان التملك يقع على البائع وقد خرج نصيبه عن ملكه فلا يلزمه ضرر التفريق وهو ضرر الشركة بخلاف ما بعد القبض لان التملك بعد القبض يقع على المشترى ألا ترى ان العهدة عليه وفيه تفريق ملكه والصحيح جواب الرواية لان الملك قبل القبض للمشترى بصفقة واحدة فبملك نصيب أحد البائعين تفريق ملكه فيلزمه ضرر الشركة ولو اشترى رجلان من رجل دارا فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين في قولهم جميعا لان الاخذ هنا لا يتضمن التفريق لان الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها اذ الملك في نصيب كل واحد منهما ثبت بقوله فلم تتحد الصفقة فلا يقع الاخذ تفريقا لحصول التفريق قبله وسواء كان بعد القبض أو قبله في ظاهر الرواية وروى انه ليس للشفيع أن يأخذ قبل القبض الا الكل وبعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين (وجه) هذه الرواية ان أخذ البعض قبل القبض يتضمن تفريق اليد على البائع والتملك قبل القبض لا يتضمن التفريق لان التملك يقع على البائع وانه لا يجوز ألا ترى ان أحد المشتريين لو أراد أن يقبض حصته دون صاحبه ليس له ذلك (وجه) ظاهر الرواية ما ذكرنا ان الصفقة حصلت متفرقة من الابتداء فلا يكون أخذ البعض تفريقا لحصول التفريق قبل الاخذ وقوله فيه تفريق اليد وهو القبض ممنوع فالشفيع يتملك نصيب أحد المشتريين بالشفعة ولكنه لا يفرق اليد حتى لو نقد الثمن ليس له أن يقبض أحد النصفين ما لم ينقد الآخر كيلا يتفرق القبض وسواء سمى لكل نصف ثمنا على حدة أو سمى للجملة ثمنا واحدا فالعبرة لاتحاد الصفقة وتعددها لا لاتحاد الثمن وتعدده لان المانع من التفريق هو الضرر والضرر

ينشأ عن اتحاد الصفقة لا عن اتحاد الثمن وسواء كان المشتري عاقداً لنفسه أو لغيره في الفصلين جميعاً حتى لو وكل رجلان جميعاً رجلا واحداً بالشراء فاشترى الوكيل من رجلين فجاء الشفيع ليس له أن يأخذ نصيب أحد البائعين بالشفعة ولو وكل رجل واحد رجلين فاشتريا من واحد فللشفيع أن يأخذ ما اشتراه أحد الوكيلين وكذا الوكلاء عشرة اشتروا الرجل واحد فللشفيع أن يأخذ من واحد أو من اثنين أو من ثلاثة قال محمد رحمه الله وانما أنظر في هذا الى المشتري ولا أنظر الى المشتري له وهو نظر صحيح لان الاخذ بالشفعة من حقوق البيع وانها راجعة الى الوكيل فكانت العبرة لاتحاد الوكيل وتعدده دون الموكل والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان المشتري بعضه ممتازاً عن البعض بأن اشترى دارين صفقة واحدة فأراد الشفيع أن يأخذ احداهما دون الاخرى فان كان شفيعاً لهما جميعاً فليس له ذلك ولكن يأخذهما جميعاً أو يدعهما وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضي الله تعالى عنهم وقال زفر رحمه الله له أن يأخذ احداهما بحصتها من الثمن (وجه) قوله ان المانع من أخذ البعض دون البعض هو لزوم ضرر الشركة ولم يوجد ههنا لانفصال كل واحدة من الدارين عن الاخرى (ولنا) ان الصفقة وقعت مجتمعة لان المشتري ملك الدارين بقبول واحد فلا يملك الشفيع تفريقها كما في الدار الواحدة وقوله ليس فيه ضرر الشركة مسلم لكن فيه ضرر آخر وهو ان الجمع بين الجيد والرديء في الصفقة معتاد فيما بين الناس فلو ثبت له حق أخذ أحدهما لاخذ الجيد فيتضرر له المشتري لان الرديء لا يشترى وحده بمثل ما يشترى مع الجيد فيتضرر به وسواء كانت الداران متلاصقتين أو متفرقتين في مصر واحد أو مصرين فهو على الاختلاف لما ذكرنا من المعنى في الجانبين فان كان الشفيع شفيعاً لاحداهما دون الاخرى ووقع البيع صفقة واحدة فهل له أن يأخذ الكل بالشفعة روى عن أبي حنيفة انه ليس له أن يأخذ الا التي تجاوره بالحصة وكذا روى عن محمد في الدارين المتلاصقين اذا كان الشفيع جاراً لاحداهما انه ليس له الشفعة الا فيما يليه وكذا قال محمد في الاقرحة المتلاصقة وواحد منها يلي أرض انسان وليس بين الاقرحة طريق ولا نهر انما هي مسناة انه لا شفعة له الا في القراح الذي يليه خاصة وكذلك في القرية اذا بيعت بدورها وأراضيها ان لكل شفيع أن يأخذ القراح الذي يليه خاصة وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان للشفيع أن يأخذ الكل في ذلك كله بالشفعة قال الكرخي رواية الحسن تدل على أن قول أبي حنيفة كان مثل قول محمد رحمه الله ثم رجع عن ذلك فجعله كالدار الواحدة (وجه) الرواية الاولى ان سبب ثبوت الحق وهو الجوار وجد في أحدهما وهو ما يليه فلا يملك الا أخذ أحدهما والصفقة وان وقعت مجتمعة ولكنها أضيفت الى شيئين أحدهما ثبت فيه حق الشفعة والآخر لم يثبت فيه حق الشفعة فله أن يأخذ ما ثبت فيه الحق كما اذا اشترى عقاراً أو منقولا صفقة واحدة انه يأخذ العقار خاصة كذا هذا (وجه) الرواية الاخرى ان سبب الوجوب وان وجد فيما يليه دون الباقي لكن لا سبيل الى أخذه خاصة بدون الباقي لما فيه من تفريق الصفقة فيأخذ ما يليه قضية للسبب ويأخذ الباقي ضرورة التحرز عن تفريق الصفقة

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يتملك به فنقول وبالله التوفيق ثمن المشتري لا يخلو اما أن يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة واما أن يكون مما لا مثل له كالمزروعات والمعدودات المتفاوتة كالثوب والعبد ونحو ذلك فان كان مما له مثل فالشفيع يأخذ بمثله لان فيه تحقيق معنى الاخذ بالشفعة اذ هو تمليك بمثل ما تملك به المشتري وان كان مما لا مثل له يأخذ بقيمته عند عامة العلماء وقال أهل المدينة يأخذ بقيمة المشتري (وجه) قولهم ان المصير الى قيمة المبيع عند تعذر ايجاب المسمى من الثمن هو الاصل في الشريعة كما في البيع الفاسد وههنا تعذر الاخذ بالمسمى فصار الى قيمة الدار والعقار ولنا ان الاخذ بالشفعة يملك بمثل ما تملك به المشتري فان كان الثمن الذي تملك به المشتري من ذوات الامثال كان الاخذ به تملكا بالمثل صورة ومعنى وان لم يكن من ذوات الامثال كان الاخذ بقيمته تملكا بالمثل معنى لان قيمته مقدار ماليته بتقويم المقومين لهذا سميت قيمته لقيامه مقامه فكان مثله معنى وأما قيمة الدار فلا تكون مثل العبد والثوب لا صورة ولا معنى فالتملك بها لا يكون تملكا بالمثل فلا

يتحقق معنى الاخذ بالشفعة ولو تبايعا دارا بدار فلشفيع كل واحدة من الدارين أن يأخذها بقيمتها لان الدار ليست من ذوات الامثال فلا يمكن الاخذ بمثلها فيأخذ بقيمتها كالعبد والثوب وعلى هذا يخرج ما لو اشترى داراً بعرض ولم يتقابضا حتى هلك العرض بطل البيع فيما بين البائع والمشترى وللشفيع الشفعة وكذلك لو كان المشترى قبض الدار ولم يسلم العرض حتى هلك أما بطلان البيع فيما بين البائع والمشترى فلان العرض مبيع اذ المبيع فى الاصل ما يتعين بالتعيين فى البيع والعرض يتعين بالتعيين فى البيع فكان مبيعاً وهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان البيع لتعذر التسليم بعد الهلاك فلم يكن فى ابقاء العقد فائدة فيبطل وأما بقاء الشفعة للشفيع فلان الواجب عليه قيمة العرض لا عينه والقيمة مقدور التسليم فى حقه فكان بقاء العرض فى حق الشفيع وهلاكه بمنزلة واحدة ثم الشفيع انما يأخذ بما وجب بالعقد لا بما أعطى بدلا من الواجب لما ذكرنا ان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشترى والمشترى تملك المبيع بالمسمى وهو الواجب بالعقد فيأخذه الشفيع به حتى لو اشترى الدار بالدراهم والدنانير ثم دفع مكانها عرضاً فالشفيع يأخذ بالدراهم والدنانير لا بالعرض لان الدراهم والدنانير هى الواجبة بالعقد وأما العرض فانما أخذه البائع بعقد آخر وهو الاستبدال فلم يكن واجباً بالعقد فصار كان البائع اشترى بالثمن عرضاً ابتداء ثم حضر الشفيع ولو كان كذلك لكان يأخذ بالثمن لا بالعرض كذا هذا والله عز وجل اعلم ولو زاد المشترى البائع فى الثمن فالزيادة لا تلزم الشفيع لان الشفيع انما يأخذ بما وجب بالعقد والزيادة ما وجبت بالعقد فى حق الشفيع لانعدامها وقت العقد حقيقة الا أنها جعلت موجودة عند العقد فى حق المتعاقدين تصحيحاً لتصرفهما فلا يظهر الوجود فى حق الشفيع فلم تكن الزيادة ثمناً فى حقه بل كانت هبة مبتدأة فلا تتعلق بها الشفعة كالهبة المبتدأة ولو حط البائع عن المشترى أو أبراه عن البعض فالشفيع يأخذ بما بقى لان حط بعض الثمن يلتحق بأصل العقد ويظهر فى حق الشفيع كان العقد ما ورد الا على هذا القدر بخلاف الزيادة فان التحاقها لا يظهر فى حق الشفيع لما بينا ولان فى تصحيح الزيادة ثمنا فى حق الشفيع ضرراً به ولا ضرر عليه فى الحط ولو حط جميع الثمن يأخذ الشفيع بجميع الثمن ولا يسقط عنه شىء لان حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد لانه لو التحق لبطل البيع لانه يكون بيعا بلا ثمن فلم يصح الحط فى حق الشفيع والتحق فى حقه بالعدم فيأخذ بجميع الثمن ولا يسقط عنه شىء لان حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد وصح فى حق المشترى وان كان ابراءله عن الثمن ولو اشترى داراً بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء انتظر مضى الاجل فأخذ عند ذلك وليس له أن يأخذها للحال بثمن مؤجل لان الشفيع انما يأخذ بما وجب بالبيع والاجل لم يجب بالبيع وانما وجب بالشرط والشرط لم يوجد فى حق الشفيع ولهذا لم يثبت خيار المشترى للشفيع بأن اشترى على انه بالخيار لان ثبوته بالشرط ولم يوجد من الشفيع وكذا البراءة عن العيب لا تثبت فى حق الشفيع لان ثبوتها بالشرط ولم يوجد مع الشفيع كذا هذا وله أن يمتنع من الاخذ فى الحال لان الشفيع غير مجبور على الاخذ بالشفعة ولو اختار الشفيع أخذ الدار بثمن حال كان الثمن للبائع على المشترى الى أجل لان الاخذ من المشترى تملك منه بمنزلة التملك المبتدأ كأنه اشترى منه فلا يوجب بطلان البيع الاول فبقى الاول على حاله فكان الثمن على حاله الى أجله وروى عن أبى يوسف فى شراء الدار بثمن مؤجل انه يجب على الشفيع ان يطلب عند علمه بالبيع فان سكت الى حين محل الاجل فذلك تسليم منه ثم رجع وقال اذا طلب عند حل الاجل فله الشفعة وان لم يطلب عند علمه بالبيع (وجه) قوله الاول ان وقت الطلب هو وقت العلم بالبيع لا وقت حل الاجل فقد أخره عن وقته من غير عذر فبطل الحق (وجه) قوله الآخر ان الطلب لا يراد لعينه بل لتأكيد الحق واستقراره والتأكيد لا يراد لنفسه بل لامكان الاخذ وله أن لا يأخذ قبل حل الاجل فله أن لا يطلب قبل حله أيضاً والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يتملك بالشفعة فالذى يتملكه الشفيع بالشفعة هو الذى ملكه المشترى بالشراء سواء ملكه أصلاً أو تبعا بعد أن يكون متصلا وقت التملك بالشفعة وذلك نحو البناء والغرس والزرع والثمر وهذا استحسان

والقياس ان لا يؤخذ البناء والغرس والزرع والثمر بالشفعة (وجه) القياس ان الشفيع انما تملك ما يثبت له فيه حق الشفعة وانه يثبت في العقار لا في المنقول وهذه الاشياء منقولة فلم يثبت فيها الحق فلا تملك بالشفعة وخاصة الزرع والثمر لانهما مبيعان ومقصودان لا يدخلان في العقد من غير تسمية فلم يثبت الحق فيهما الا أصلا ولا تبعاً ولنا ان الحق اذا ثبت في العقار يثبت فيما هو تبع له لان حكم التبع حكم الاصل وهذه الاشياء تابعة للعقار حالة الاتصال أما البناء والغرس فظاهر ان لان قيامهما بالارض وكذلك الزرع والثمر لان قيام الزرع وقيام الثمر بالشجر وقيام الشجر بالارض فكان تبعا للارض بواسط الشجر فيثبت الحق فيهما تبعا فيملكهما بالشفعة بطريق التبعية الا أنهما لا يدخلان في العقد الا بالتسمية مع وجود التبعية حقيقة بالنص وهو ماسنروى في كتاب البيوع عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع فادام البناء والشجر متصلا بالارض فللشفيع أن يأخذ الارض معه بالثمن الاول وكذا له أن يأخذ الارض مع الثمر والزرع بالثمن الاول بقلا كان الزرع أو مستحصداً اذا كان متصلا فأما اذا زال الاتصال ثم حضر الشفيع فلا سبيل للشفيع عليه وان كان عينه قائمة سواء كان الزوال بآفة سماوية أو بصنع المشترى أو الاجنبي لان حق الشفعة في هذه الاشياء انما ثبت معدولا به عن القياس معلولا بالتبعية وقد زالت التبعية بزوال الاتصال فيرد الحكم فيه الى أصل القياس وهل يسقط عن الشفيع حصته من الثمن هذا لا يخلو اما ان كان مما يدخل في العقد من غير تسمية واما ان كان مما لا يدخل فيه الا بالتسمية فان كان مما يدخل في العقد من غير تسمية كالبناء والشجر ينظر ان كان زوال الاتصال بآفة سماوية بأن احترق البناء أو غرق أو جف شجر البستان لا يسقط شيء من الثمن والشفيع يأخذ الارض بجميع الثمن ان شاء أخذ وان شاء ترك وكذلك لو انهدمت الدار سواء بقى عين النقض أو هلك كذا ذكر القدورى رحمه الله في مختصره وسوى بينه وبين الغرق والحرق وفرق الكرخي رحمه الله فقال ان احترق أو غرق ولم يبق منه شيء لا يسقط شيء من الثمن وان انهدم يسقط عن الشفيع حصته من الثمن وسوى بينه وبين ما اذا انهدم بفعل المشترى أو الاجنبي لكنه فرق بينهما من وجه آخر وهو ان هناك تعتبر قيمته متصلا فيقسم الثمن على قيمة البناء مبنياً وعلى قيمة الارض فيأخذ الارض بحصتها من الثمن وههنا يعتبر منفصلا ساقطا ويسقط ذلك القدر من الثمن والصحيح ماذكره القدورى رحمه الله لان البناء تبع والاتباع لا حصة لها من الثمن الا أن تصير مقصودة بالفعل وهو الاتلاف والقبض ولم يوجد ولهذا لو احترق أو غرق لا يسقط شيء من الثمن كذا هذا وان كان زوال الاتصال بفعل المشترى أو أجنبي بأن انهدم البناء أو قطع الشجر تسقط حصته من الثمن لانه صار مقصوداً بالاتلاف فصار له حصة من الثمن كاطراف العبد ويقسم الثمن على البناء مبنيا وعلى قيمة الارض لانه انما يسقط حصة البناء فصار مضمونا عليه بفعله وهو الهدم والهدم صادفه وهو مبنى فتعتبر قيمته مبنيا بخلاف ما اذا انهدم بنفسه على رواية الكرخي رحمه الله لانه انهدم لا بصنع أحد فيعتبر حاله يوم الانهدام ولو لم يهدم المشترى البناء لكنه باعه بغير أرض ثم حضر الشفيع كان أحق بالبناء والارض فيأخذ وينتقض البيع في البناء لانه باع البناء وحق الشفيع متعلق به تبعاً للارض لوجود الاتصال فكان سبيل من ابطال البيع كما لو باع الاصل وهو الارض ثم حضر الشفيع أن له أن يأخذ وينتقض البيع كما قلنا كذا هذا وان كان مما لا يدخل في العقد الا بالتسمية كالثمر والزرع يسقط عن الشفيع حصته من الثمن سواء كان زوال الاتصال بصنع العبد أو بآفة سماوية بخلاف الفصل الاول اذا احترق البناء أو غرق أو انهدم على رواية القدورى رحمه الله انه لا يسقط شيء من الثمن لان البناء مبيع تبعاً لا مقصوداً لثبوت حكم البيع فيها تبعاً لا مقصوداً بالتسمية والاتباع مالها حصة من الثمن الا اذا صارت مقصودة بالفعل ولم يوجد فأما الثمر والزرع فكل واحد منهما مبيع مقصود ألا يرى انه لا يدخل في العقد من غير تسمية فلا بد وأن يخصه شيء من الثمن فان هلك يهلك بحصته من الثمن سواء هلك بنفسه أو بالاستهلاك لما قلنا وتعتبر قيمته يوم العقد لانه أخذ الحصة بالعقد فتعتبر قيمته يوم العقد فيقسم الثمن على قيمة

الارض وعلى قيمة الزرع وقت العقد لكنه كيف تعتبر قيمتها يوم العقد مفصولا مجذوذاً أم قائماً روى عن أبى يوسف أنه تعتبر قيمة الزرع وهو بقل مفصول ومجذوذ فيسقط عنه ذلك القدر وروى عن محمد فى النوادر أنه يعتبر قيمته قائماً فتقوم الارض وفيها الزرع والثمر وتقوم وليس فيها الزرع والثمر فيسقط عن الشفيع ما بين ذلك (وجه) قول محمد ان الزرع دخل فى العقد وهو متصل و يثبت الحق فيه وهو منفصل وكذا الثمر فتعتبر قيمتها على صفة الاتصال على أن فى اعتبار حالة الانفصال اضراراً بالشفيع اذ ليس للمفصول والثمر المجذوذ كثير قيمة فيتضرر به الشفيع (وجه) قول أبى يوسف ان حق الشفيع انما سقط بعد زوال الاتصال فتعتبر قيمتها منفصلا لا متصلا وكذا لو كانت الارض مبذورة ولم يطلع الزرع بعد ثم طلع فقصله المشترى عند أبى يوسف يقسم الثمن على قيمة البذر وعلى قيمة الارض فيسقط قدر قيمة البذر عن الثمن وعند محمد تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فيسقط عنه ما بين ذلك اذا آجر الشفيع الارض مع الشجر بحصتها من الثمن و بقيت الثمرة فى يد البائع هل يثبت الخيار للمشترى ذكر محمد ان الثمرة لازمة للمشترى ولا خيار له ولو كان البائع أتلف الثمرة قبل أن يأخذ الشفيع الارض بالشفعة فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ الارض بحصتها من الثمن وان شاء ترك لانه لما أتلف الثمرة فقد فرق الصفقة على المشترى قبل التمام من غير رضاه وأنه يوجب الخيار بخلاف ما اذا كان الشفيع أخذ الارض بالشفعة لان التفريق هناك حصل برضا المشترى لان حق الشفيع كان ثابتا فى المأخوذ وانه حق لازم فكان التفريق هناك لضرورة حق ثابت لازم شرعا فكان المشترى راضيا به والتفريق المرضى به لا يوجب الخيار والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كانت هذه الأشياء موجودة عند العقد متصلة بالعقار ودام الاتصال الى وقت التملك بالشفعة أو زال ثم حضر الشفيع فاما اذا لم تكن موجودة عند العقد ووجدت بعده ثم حضر الشفيع فان كان الحادث مما يثبت حكم البيع فيه تبعاً وهو الثمر بأن وقع البيع ولا ثمر فى الشجر ثم أثمر بعده ثم حضر الشفيع فادام متصلا يأخذه الشفيع مع الارض بالثمن الاول استحسانا لانه ثبت حكم البيع فيه تبعاً لثبوته فى الارض بواسطة الشجر فكان مبيعاً تبعاً فيثبت حق الشفعة تبعاً سواء حدث فى يد المشترى أو فى يد البائع لان الشفعة موجودة فى الحالين فان زال الاتصال فحضر الشفيع فان كان حدث فى يد المشترى فالشفيع يأخذ الارض والشجر بالثمن الاول ان شاء وان شاء ترك ولا يسقط شىء من الثمن وسواء كان زواله بآفة سماوية وهو قائم بعد الزوال أو هالك أو كان زواله بفعل أحد أما اذا كان بآفة سماوية وهو قائم أو هالك لانه كان تبعا حالة الاتصال ولم يرد عليه فعل يصير به مقصودا والتبع لا يصير له حصة من الثمن بدونه وأما اذا كان الزوال بصنع العبد بان جده المشترى وهو قائم أو هالك فلانه لم يرد عليه العقد ولا القبض وان كان حدث فى يد البائع فان كان الزوال بآفة سماوية وهو قائم أو هالك فكذلك أخذ الشفيع الارض والشجر بجميع الثمن ان شاء لانه لم يوجد فعل يصير به مقصودا فيقابله الثمن وان كان بفعل البائع بأن استهلكه يسقط عن الشفيع حصته من الثمن لصيرورته مقصودا بالاتلاف وان كان الحادث مما لم يثبت فيه حكم البيع رأسا لا أصلا ولا تبعاً بأن بنى المشترى بناء أوغرس أو زرع ثم حضر الشفيع يقضى له بشفعة الارض و يجبر المشترى على قلع البناء والغرس وتسليم الساحة الى الشفيع الا اذا كان فى القلع نقصان الارض فللشفيع الخيار ان شاء أخذ الارض بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعا وان شاء أجبر المشترى على القلع وهذا جواب ظاهر الرواية و روى عن أبى يوسف انه لا يجبر المشترى على قلع البناء والغرس ولكنه يأخذ الارض بثمنها والبناء والغرس بقيمته قائما غير مقلوع ان شاء وان شاء ترك و به أخذ الشافعى رضى الله عنه واجمعوا على أن المشترى لو زرع فى الارض ثم حضر الشفيع انه لا يجبر المشترى على قلعه ولكنه ينتظر ادراك الزرع ثم يقضى له بالشفعة فيأخذ الارض بجميع الثمن (وجه) رواية أبى يوسف رحمه الله ان فى الجبر على النقض ضررا بالمشترى وهو ابطال تصرفه فى ملكه وفيما قلنا مراعاة الجانبين (أما) جانب المشترى فظاهر لان فيه صيانة حقه عن الابطال (وأما) جانب الشفيع فلانه يأخذ البناء بقيمته وأخذ الشىء بقيمته لا ضرر فيه على أحد (وجه) ظاهر

الرواية ان حق الشفيع كان متعلقا بالارض قبل البناء ولم يبطل ذلك بالبناء بل بقى فاذا قضى له بالشفعه فقد صار ذلك الحق ملكا له فيؤمر بتسليم ملكه اليه ولا يمكنه التسليم الا بالنقض فيؤمر بالنقض ولهذا أمر الغاصب والمشترى عند الاستحقاق بالنقض كذا هذا قوله فى النقض ضرر بالمشترى قلنا ان كان فيه ضرر به فهو الذى أضر بنفسه حيث بنى على محل تعلق به حق غيره ولو أخذ الشفيع الارض بالشفعة و بنى عليها ثم استحقت وأمر الشفيع بنقض البناء فان الشفيع يرجع على المشترى بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة البناء ان كان أخذه منه ولا على البائع أيضا ان كان أخذه منه فى ظاهر الرواية و روى عن أبى يوسف رحمه الله انه يرجع عليه (وجه) هذه الرواية ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشترى ولو كان اشتراه لرجع عليه كذا اذا أخذه بالشفعة له الرجوع بقيمة البناء فى الشراء لوجود الغرور من البائع وضمان السلامة للمشترى لان كل بائع مخبر للمشترى انه يبيع ملك نفسه وشارط سلامة ما يبنى فيه دلالة فاذا لم يسلم يدفع بحكم الضمان المشروط دلالة اذ ضمان الغرور ضمان الكفالة فى الحقيقة ولا غرور من المشترى فى حق الشفيع لانه مجبور على التملك منه وحق الرجوع بضمان الغرور على المختار لا على المجبور كالجارية المأسورة اذا اشتراها رجل فأخذها المالك القديم بالثمن واستولدها ثم استحقت من يده وقضى عليه بالعقر وقيمة الولد فانه يرجع على المشترى بالثمن الذى دفعه اليه ولا يرجع عليه بقيمة الولد ومثله اذا استولد جارية بالشراء ثم استحقت فان المشترى يرجع على بائعه بالثمن و بقيمة الولد لصيرورته مغرورا من جهته ولا غرور من المشترى من الحربى لكونه مجبورا فى التملك عليه بما أخذه من الحربى كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يتملك منه الشقص المشفوع فيه فالشفيع يتملك من الذى فى يده ان كان فى يد البائع أخذه منه ونقده الثمن والعهدة عليه وان كان فى يد المشترى أخذه ودفع الثمن اليه والعهدة عليه سواء كان المشترى عاقدا لنفسه أو لغيره بأن كان وكيلا بالشراء وقبض الدار ثم حضر الشفيع وهذا جواب ظاهر الرواية و روى عن أبى يوسف رحمه الله انه لا يأخذها من يد الوكيل (وجه) هذه الرواية أن الوكيل لم يشتر لنفسه وانما اشترى لموكله فلم يكن هو خصما بل الخصم الموكل فلا يأخذ منه ولكن يقال له سلم الدار الى الموكل فاذا سلم يأخذها الشفيع منه (وجه) ظاهر الرواية ان الشفعة من حقوق العقد وانها راجعة الى الوكيل والوكيل فى الحقوق أصل بمنزلة المشترى لنفسه فكان خصم الشفيع فيأخذ الدار منه بالثمن وكانت العهدة عليه وان كان الوكيل سلم الدار الى الموكل ثم حضر الشفيع فانه يأخذ الدار من الموكل و يدفع الثمن اليه وكانت العهدة عليه ولا خصومة للشفيع مع الوكيل لانه بالتسليم الى الموكل زالت يده عن الدار فخرج من أن يكون خصما بمنزلة البائع اذا سلم الدار الى المشترى انه لا خصومة للشفيع مع البائع لما قلنا كذا هذا غير ان الدار اذا كانت فى يد البائع لم يكن خصما ما لم يحضر المشترى واذا كانت فى يد الوكيل يكون خصما وان لم يحضر الموكل لان الوكيل بالتوكيل قائم مقام الموكل والبائع ليس بقائم مقام المشترى لانعدام ما يوجب ذلك ولو قال المشترى قبل أن يخاصمه الشفيع فى الشفعة انما اشتريت لفلان وسلم اليه ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه و بين المشترى لانه أقر قبل أن يكون خصما للشفيع فصح اقراره لانعدام التهمة فصار كما لو كانت الوكالة معلومة ولو أقر بذلك بعد ما خاصمه الشفيع لم تسقط الخصومة عنه لانه متهم فى هذا الاقرار لصيرورته خصما للشفيع فلا يقبل فى ابطال حقه ولو أقام بينة أنه قال قبل الشراء انما اشترى لفلان لم تقبل بينته لان هذه البينة لو صدقت لم تدفع الخصومة عنه لانه لا يثبت بها الا الشراء لفلان و بهذا لا تندفع عنه الخصومة و روى عن محمد انها لا تقبل لاثبات الملك للغائب وتقبل لدفع الخصومة بينه و بين الشفيع حتى يحضر المقر له

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم اختلاف الشفيع والمشترى فاختلافهما لا يخلو اما أن يرجع الى الثمن واما أن يرجع الى المبيع واما أن يرجع الى صفة المبيع أما الذى يرجع الى الثمن فلا يخلو اما أن يقع الاختلاف فى جنس الثمن واما أن يقع فى قدره واما يقع فى صفته وان وقع فى الجنس بأن قال المشترى اشتريت بمائة دينار وقال الشفيع لا بل

بألف درهم فالقول قول المشترى لان الشفيع يدعى عليه التملك بهذا الجنس وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه ولان المشترى أعرف بجنس الثمن من الشفيع لان الشراء وجد منه لا من الشفيع فكان أعرف به من الشفيع فيرجع فى معرفة الجنس اليه وان وقع الاختلاف فى قدر الثمن بأن قال المشترى اشتريت بألفين وقال الشفيع بألف فالقول قول المشترى مع يمينه وعلى الشفيع البينة انه اشتراه بألف لان الشفيع يدعى التملك على المشترى بهذا القدر من الثمن والمشترى ينكر فكان القول قول المنكر ولو صدق البائع الشفيع بان قال بعت بالف ينظر فى ذلك ان كان البائع ما قبض الثمن فالقول قول البائع والشفيع يأخذ بالالف سواء كان المبيع فى يد البائع أو فى يد المشترى اذا لم يكن نقد الثمن لان البائع اذا لم يكن قبض الثمن فالتملك يقع عليه بتمليكه فيرجع فى مقدار ما ملك به الى قوله ولان الشراء لو وقع بألف كما قاله البائع أخذ الشفيع به وان وقع بألفين كما قاله المشترى كان قول البائع بعت بألف حط بعض الثمن عن المشترى وحط بعض الثمن يصح و يظهر فى حق الشفيع على ما مر وان كان البائع قبض الثمن لا يلتفت الى تصديقه والقول قول المشترى لانه اذا قبض الثمن لم يبق له حق فى المبيع أصلا وصار أجنبيا فالتحق تصديقه بالعدم وقيل انه يراعى التقديم والتأخير فى تصديق البائع فان بدأ بالاقرار بالبيع بأن قال بعت الدار بألف وقبضت الثمن فالشفيع يأخذها بألف وان بدأ بالاقرار بقبض الثمن بأن قال قبضت الثمن وهو الالف لا يلتفت الى قوله لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع فقال بعت بألف فقد تعلق به حق الشفعة فهو بقوله قبضت الثمن يريد اسقاط حق متعلق بقوله فلا يصدق واذا بدأ بالاقرار بقبض الثمن فقد صار أجنبياً فلا يقبل قوله فى مقدار الثمن وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما ان المبيع اذا كان فى يد البائع فأقر بقبض الثمن و زعم انه ألف فالقول قوله لان المبيع اذا كان فى يد البائع فالتملك يقع عليه فكان القول قوله فى مقدار الثمن ولو اختلف البائع مع المشترى والشفيع والدار فى يد البائع أو المشترى لكنه لم ينقد الثمن فالقول فى ذلك قول البائع والبائع مع المشترى يتحالفان و يترادان والشفيع يأخذ الدار بما قال البائع ان شاء أما التحالف والتراد فيما بين البائع والمشترى فلقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وأما أخذ الشفيع بقول البائع ان شاء فلانه اذا لم يقبض الثمن فالتملك يقع عليه فكان القول فى مقدار الثمن فى حق الشفيع قوله وان كان البائع قد قبض الثمن فلا يلتفت الى قوله لانه صار أجنبيا على ما بينا هذا اذا لم يكن لاحدهما بينة لا للشفيع ولا للمشترى فان قامت لاحدهما بينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة الشفيع عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف البينة بينة المشترى (وجه) قوله ان بينة المشترى تظهر زيادة فكانت أولى بالقبول كما اذا اختلف البائع والمشترى فى مقدار الثمن فقال البائع بعت بألفين وقال المشترى بألف وأقاما جميعاً البينة فالبينة بينة البائع لما قلنا والجامع بينهما من وجهين أحدهما ان الزيادة التى تظهرها احدى البينتين لا معارض لها فتقبل فى قدر الزيادة لخلوها عن المعارض ولا يمكن الا بالقبول فى الكل فتقبل فى الكل ضرورة والثانى ان البينة المظهرة للزيادة مثبتة والاخرى نافية والمثبت يترجح على النافى ولابى حنيفة رضى الله عنه طريقتان احداهما ذكرها أبو يوسف لابى حنيفة ولم يأخذ بها والثانية ذكرها محمد وأخذ بها أما الاولى فهى ان البينة جعلت حجة للمدعى قال النبى عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى والمدعى ههنا هو الشفيع لانه غير مجبور على الخصومة فى الشفعة بل اذا تركها ترك والمشترى مجبور على التملك عليه بحيث لو ترك الخصومة لا يترك فكان المدعى منهما هو الشفيع فكانت البينة حجته وأما الثانية فهى ان البينة حجة من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وههنا أمكن العمل بالبينتين فى حق الشفيع بأن يجعل كانه وجد عقدان أحدهما بألف والآخر بألفين لان البيع الثانى لا يوجب انفساخ البيع الاول فى حق الشفيع وان كان يوجب ذلك فى حق العاقدين ألا ترى انه لو باع بألف ثم باع بألفين ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذ الدار بألف دل ان البيعين قائمان فى حق الشفيع وان الفسخ الاول فى حقهما فأمكن تقدير عقدين بخلاف ما اذا اختلف البائع والمشترى فى مقدار الثمن واقاما البينة أن البينة بينة البائع أما على الطريق الاولى فلان البائع هناك هو

المدعى فكانت البينة حجته ألا ترى انه لا يجبر على الخصومة والمشترى مجبور عليها وهنا بخلافه على ما بينا وأما على الطريق الثانية فلان تقدير عقدين هنا متعذر لان البيع الثانى يوجب انفساخ الاول فى حق العاقدين فكان العقد واحدا والترجيح بجانب البائع لانفراد بينته باظهار فضل فكانت أولى بالقبول والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى دارا بعرض ولم يتقابضا حتى هلك العرض وانتقض البيع فيما بين البائع والمشترى أو كان المشترى قبض الدار ولم يسلم العرض حتى هلك وانتقض البيع فيما بينهما وبقى للشفيع حق الشفعة بقيمة العرض على ما بينا فيما تقدم ثم اختلف الشفيع والبائع فى قيمة العرض فالقول قول البائع مع يمينه لان الشفيع يدعى عليه التملك بهذا القدر من الثمن وهو ينكر فان أقام أحدهما بينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة فالقول قول البائع عند أبى يوسف ومحمد وهو قول أبى حنيفة على قياس العلة التى ذكرها محمد لابى حنيفة رحمه الله فى تلك المسئلة أما عند أبى حنيفة فظاهر لان بينة البائع انفردت باثبات زيادة وكذلك عند محمد على قياس ماذكره لابى حنيفة فى تلك المسئلة وأخذ به لان تقدير عقدين ههنا غير ممكن لان العقد وقع على عرض بعينه وانما اختلفا فى قيمة ماوقع عليه العقد فكان العقد واحدا فلا يمكن العمل بالبينتين فيعمل بالراجح منهما وهو بينة البائع لانفرادها باظهار الفضل وكذلك عند أبى حنيفة على قياس ماعلل لمحمد وأما على قياس ماعلل له أبو يوسف فينبغى أن تكون البينة بينة الشفيع لانه هو المدعى وهكذا ذكر الطحاوى رحمه الله والله سبحانه وتعالى أعلم ولو هدم المشترى بناء الدار حتى سقط عن الشفيع قدر قيمته من الثمن ثم اختلفا فى قيمة البناء فهذا لا يخلو (اما) ان اختلفا فى قيمة البناء واتفقا على قيمة الساحة واما ان اختلفا فى قيمة البناء والساحة جميعا فان اختلفا فى قيمة البناء لا غير فالقول قول المشترى مع يمينه لان الشفيع يدعى على المشترى زيادة فى السقوط وهو ينكر وان اختلفا فى قيمة البناء والساحة جميعا فان الساحة تقوم الساعة والقول فى قيمة البناء قول المشترى (أما) تقوم الساحة الساعة فلانه يمكن معرفة قيمتها للحال فيستدل بالحال على الماضى ولا يمكن تحكيم الحال فى البناء لانه تغير عن حاله والقول قول المشترى لما قلنا فان قامت لاحدهما بينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة قال أبو يوسف البينة بينة الشفيع على قياس قول أبى حنيفة رحمه الله وقال محمد البينة بينة المشترى على قياس قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف من تلقاء نفسه البينة بينة المشترى لانها تظهر زيادة وانما اختلفا فى القياس على قول أبى حنيفة لاختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما له فى تلك المسئلة فطريق أبى يوسف ان الشفيع هو المدعى والبينة حجة المدعى وهذا موجود ههنا وطريق محمد رحمه الله العمل بالبينتين بتقدير عقدين وهذا التقدير منعدم ههنا فيعمل باحدى البينتين وهى بينة المشترى لانفرادها باظهار زيادة والله سبحانه وتعالى أعلم وان اختلفا فى صفة الثمن بأن قال المشترى اشتريت بثمن معجل وقال الشفيع لا بل اشتريته بثمن مؤجل فالقول قول المشترى لان الحلول فى الثمن أصل والاجل عارض فالمشترى يتمسك بالاصل فيكون القول قوله ولان العاقد أعرف بصفة الثمن من غيره ولان الاجل يثبت بالشرط فالشفيع يدعى عليه شرط التأجيل وهو ينكر فكان القول قوله (وأما) الذى يرجع الى المبيع فهو ان يختلفا فيما وقع عليه البيع انه وقع عليه بصفقة واحدة أم بصفقتين نحو ما اذا اشترى دارا فقال المشترى اشتريت العرصة على حدة بألف والبناء بألف وقال الشفيع لا بل اشتريتهما جميعا بألفين والدار لى ببنيانها فالقول قول الشفيع لان افراد كل واحد منهما بالصفقة حالة الاتصال ليس بمعتاد بل العادة بيعهما صفقة واحدة فكان الظاهر شاهدا للشفيع فكان القول قوله ولان سبب وجوب الشفعة فى العرصة يقتضى الوجوب فى البناء تبعا له حالة الاتصال وشرط الوجوب هو الشراء وقد أقر المشترى بالشراء الا انه يدعى زيادة أمر وهو تفريق الصفقة فلا يصدق الا بتصديق الشفيع أو بينة ولم توجد وأيهما أقام البينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة ولم يؤقتا وقتا فالبينة بينة المشترى عند أبى يوسف وعند محمد البينة بينة الشفيع (وجه) قول محمد ان بينة الشفيع أكثر اثباتا لانها تثبت زيادة استحقاق وهو استحقاق البناء فكانت أولى بالقبول ولان العمل بالبينتين ههنا ممكن بأن يجعل كانه باعهما بصفقتين ثم باعهما

بصفقة واحدة فكان للشفيع أن يأخذها بأيهما شاء (وجه) قول أبي يوسف ان بينة المشتري أكثر إثباتا لانها تثبت زيادة صفقة فكانت أولى بالقبول فأبو يوسف نظر الى زيادة الصفقة ومحمد نظر الى زيادة الاستحقاق وقال أبو يوسف اذا ادعى المشتري انه أحدث البناء في الدار وقال الشفيع لا بل اشتريتها والبناء فيها ان القول قول المشتري لانه لم يوجد من المشتري الاقرار بشراء البناء والشفيع يدعي عليه استحقاق البناء وهو ينكر ولو اشترى دارين وهما شفيع ملاصق فقال المشتري اشتريت واحدة بعد واحدة وأنا شريكك في الثانية وقال الشفيع لا بل اشتريتهما صفقة واحدة ولى الشفعة فيهما جميعا فالقول قول الشفيع لان سبب الاستحقاق ثابت فيهما جميعا وهو الجوار على سبيل الملاصقة وقد أقر المشتري بشرط الاستحقاق وهو شراؤهما الا أنه بدعوى تفريق الصفقة يدعي البطلان بعد وجود السبب وشرطه من حيث الظاهر فلا يصدق الا ببينة وأيهما أقام بينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة فهو على الاختلاف الذي ذكرنا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولو قال المشتري وهب لي هذا البيت مع طريقه من هذه الدار ثم اشتريت بقيتها وقال الشفيع لا بل اشتريت الكل فللشفيع الشفعة فيما أقر انه اشترى ولا شفعة له فيما ادعى من الهبة لانه وجد سبب الاستحقاق وهو الجوار ووجد شرطه وهو الشراء باقراره فهو بدعوى الهبة يريد بطلان حق الشفيع فلا يصدق وللشفيع الشفعة فيما أقر بشرائه ولا شفعة له في الموهوب لانه لم يوجد من المشتري الاقرار بشرط الاستحقاق على الموهوب وأيهما أقام البينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة المشتري عند أبي يوسف رحمه الله لانها تثبت زيادة الهبة وينبغي أن تكون البينة بينة الشفيع عند محمد رحمه الله لانها تثبت زيادة الاستحقاق وروى عن محمد فيمن اشترى دارا وطلب الشفيع الشفعة فقال المشتري اشتريت نصفا ثم نصفا فلك النصف الاول وقال الشفيع لا بل اشتريت الكل صفقة واحدة ولي الكل فالقول قول الشفيع لان سبب ثبوت الحق في الكل كان موجودا وقد أقر بشرط الثبوت وهو الشراء ولكنه يدعي أمرا زائدا وهو تفريق الصفقة فلا يقبل ذلك منه الا ببينة فان قال المشتري اشتريت ربعا ثم ثلاثة أرباع فلك الربع فقال الشفيع لا بل اشتريت ثلاثة أرباع ثم ربعا فالقول قول الشفيع لان السبب كان موجودا وقد أقر المشتري بشراء ثلاثة أرباع الا أنه يدعي أمرا زائدا وهو سبق الشراء في الربع فلا يثبت الا ببينة فان قال المشتري اشتريت صفقة واحدة وقال الشفيع اشتريت نصفا ثم نصفا فأنا آخذ النصف فالقول قول المشتري يأخذ الشفيع الكل أو يدع لان الشفيع يريد تفريق الصفقة وفيه ضرر الشركة فلا يقبل قوله الا ببينة والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذي يرجع الى صفة البيع فهو أن يختلفا في البتات والخيار أو في الصحة والفساد بأن اشترى دارا بألف درهم وتقابضا فأراد الشفيع أخذها بالشفعة فقال البائع والمشتري البيع كان بخيار البائع ولم يمض فلا شفعة لك وانكر الشفيع الخيار فالقول قول البائع والمشتري وعلى الشفيع البينة ان البيع كان باتا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وروى عن أبي يوسف رواية أخرى ان القول قول الشفيع (وجه) هذه الرواية أن الظاهر شاهد للشفيع لان البتات أصل في البيع والخيار فيه عارض فكان القول قول من يتمسك بالاصل (وجه) ظاهر الرواية أن الشفيع يدعي ثبوت حق الشفعة وهما ينكران ذلك بقولهما كان فيه خيار لان حق الشفعة لا يجب في بيع فيه خيار فكان القول قول المنكر ولان البيع يقوم بالعاقدين فكانا أعرف بصفقته من الشفيع والرجوع في كل باب الى من هو أعرف به ولهذا لو تصادقا على ان الثمن كان دنانير والشفيع يدعي انه كان دراهم كان القول قولهما كذا هذا ولو كان البائع غائبا والدار في يد المشتري فأراد الشفيع أن يأخذ منه فقال المشتري كان للبائع فيه خيار وكذبه الشفيع فالقول قول المشتري أيضا لما ذكرنا من المعنيين وان اختلف العاقدان فيما بينهما فادعى البائع الخيار وقال المشتري لم يكن فيه خيار كان القول قول المشتري ويأخذ الشفيع الدار في الرواية المشهورة وروى عن أبي يوسف ان القول قول البائع (وجه) هذه الرواية ان البائع بدعوى الخيار منكر للبيع حقيقة لان البيع بشرط الخيار غير منعقد في حق الحكم وخيار البائع يمنع زوال المبيع

عن ملكه والمشترى والشفيع يدعيان الزوال عن ملكه فكان القول قول البائع كما لو وقع الاختلاف بينهم فى أصل العقد (وجه) ظاهر الرواية ان الخيار لا يثبت الا باشتراطهما فالبائع بدعوى الخيار يدعى الاشتراط على المشترى وهو ينكر فكان القول قوله كما لو ادعى المشترى الشراء بثمن مؤجل وادعى البائع التعجيل فالقول قول البائع لما ان التأجيل لا يثبت الا بشرط يوجد من البائع وهو منكر للشرط فكان القول قوله كذا هذا بخلاف مالو أنكر البائع البيع والمشترى يدعيه ان القول قول البائع لانه أنكر زوال ملكه ولم يدع على المشترى فعلا فكان القول قوله ولو أراد الشفيع ان يأخذ الدار المشتراة بالشفعة فقال البائع والمشترى كان البيع فاسداً فلا شفعة لك وقال الشفيع كان جائزا أولى الشفعة فهو على اختلافهم فى شرط الخيار للبائع فى قول أبى حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف القول قول العاقدين ولا شفعة للشفيع وفى رواية عن أبى يوسف القول قول الشفيع وله الشفعة فأبو يوسف يعتبر الاختلاف بينهم فى الصحة والفساد باختلاف المتعاقدين فيما بينهما ولو اختلفا فيما بينهما فى الصحة والفساد كان القول قول من يدعى الصحة كذا هذا والجامع ان الصحة أصل فى العقد والفساد عارض وهما يعتبران اختلافهم فى هذا باختلافهم فى البتات والخيار للبائع والجامع ان الشفيع بدعوى البتات والصحة يدعى عليهما حق التمليك وهما بدعوى الخيار والفساد ينكران ذلك فكان القول قولهما وكذا هما أعرف بصفة العقد الواقع منهما لقيامه بهما فكان القول فى ذلك قولهما والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان الحيلة فى اسقاط الشفعة فقد ذكروا لاسقاط الشفعة حيلا بعضها يعم الشفعاء كلهم وبعضها يخص البعض دون البعض أما الذى يعم كل الشفعاء فنحو أن يشترى الدار بأكثر من قيمتها بأن كانت قيمتها ألفاً فيشتريها بألفين وينقد من الثمن ألفاً الا عشرة ثم يبيع المشترى من البائع عرضاً قيمته عشرة بألف درهم وعشرة فتحصل الدار للمشترى بألف لا يأخذها الشفيع الا بالفين وهذه الحيلة ليست بمسقطة للشفعة شرعا لكنها مانعة من الاخذ بالشفعة عادة ألا ترى أن للشفيع أن يأخذها بالفين ويلتزم الضرر (وأما) الذى يخص بعض الشفعاء دون بعض فأنواع منها أن يبيع دارا الا ذراعا منها فى طول الحد الذى يلى دار الشفيع فالشفيع لا يستحق الشفعة اما فى قدر الذراع فلانعدام الشرط وهو البيع وأما فيما وراء ذلك فلانعدام السبب وهو الجوار ومنها ان يهب البائع الحائط الذى بينه وبين الجار مع أصله للمشترى مقسوما ويسلمه اليه أو يهب له من الارض قدر ذراع من الجانب الذى يلى دار الشفيع ويسلمه اليه ثم يبيع منه البقية بالثمن فلا شفعة للجار لا فى الموهوب ولا فى المبيع (اما) فى الموهوب فلانعدام شرط وجوب الشفعة وهو البيع وأما فى المبيع فلانعدام سبب الوجوب وهو الجوار ومنها ان يبيع الدار نصفين فيبيع الحائط باصله اولا بثمن كثير ثم يبيع بقية الدار بثمن قليل فلا شفعة للشفيع شرعا فيما وراء الحائط لانعدام السبب وهو الجوار ولا يأخذ الحائط عادة لكثرة الثمن ومنها ان يبيع الدار والارض فى صفقتين فيبيع من الدار بناها ومن الارض أشجارها أولا بثمن قليل ثم يبيع الارض بثمن كثير فلا شفعة للشفيع فى البناء والشجر شرعا لانفرادهما بالصفقة ولا يأخذ الارض بذلك الثمن عادة ليضمن تكثير الثمن ومنها أن يبيع الدار نصفين فيبيع عشراً منها بثمن كثير ثم يبيع البقية بثمن قليل فلا يأخذ الشفيع العشر بثمنه عادة لما فيه من الضرر ولا شفعة له فى تسعة أعشارها شرعا لانه حين اشترى البقية كان شريك البائع بالعشر والشريك فى البقعة مقدم على الجار والخليط وهذا النوع من الحيلة لا يصلح للشريك لان الشفيع اذا كان شريكا له أن يأخذ نصف البقعة بقليل الثمن أيضاً ولو كانت الدار لصغير فلا تباع بقية الدار بقليل الثمن لانه لا يجوز اذ هو بيع مال الصغير بأقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فى مثله عادة والولى لا يملك ذلك فالسبيل فيه أن تباع بقية الدار بثمن مثله (ومنها) ما ذكره الخصاف رحمه الله أن يقر البائع بسهم من الدار للمشترى ثم يبيع بقية الدار منه فلا يستحق الشفيع الشفعة أما فى القدر المقر به فلانعدام شرط الاستحقاق وهو البيع وأما فيما وراء ذلك فلان المشترى صار شريك البائع فى ذلك السهم والشريك فى البقعة مقدم على الجار والخليط ومن

مشايخنا من كان يفتي بوجوب الشفعة في هذه الصورة ويخطئ الخصاف لان الشركة في السهم المقر به لم تثبت الا باقراره فلا يظهر في حق الشفيع على ما بينا فيما تقدم والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الكلام في كراهة الحيلة للاسقاط وعدمها فالحيلة اما ان كانت بعد وجوب الشفعة واما ان كانت قبل الوجوب فان كانت بعد الوجوب قيل انها مكروهة بلا خلاف وذلك بأن يقول المشتري للشفيع صالحتك على كذا كذا درهماً على أن تسلم لي شفعتك فيقبل فتبطل شفعته ولا يستحق بدل الصلح أو يقول له اشتر الدار مني بكذا فيقول اشتريت فتبطل شفعته ونحو ذلك وان كانت قبل الوجوب فقد اختلف فيه قال أبو يوسف رحمه الله لا تكره وقال محمد رحمه الله تكره (وجه) قول محمد ان شرع الحيلة يؤدي الى سد باب الشفعة وفيه ابطال هذا الحق أصلا ورأساً (وجه) قول أبي يوسف ان الحيلة قبل الوجوب منع من الوجوب بمباشرة سبب الامتناع شرعا وهذا جائز كالشراء والهبة وسائر التمليكات فان المشتري يمنع حدوث الملك للبائع في المبيع بمباشرة سبب الامتناع شرعا وهو الشراء وكذا الهبة والصدقة وسائر التمليكات وقد خرج الجواب عن قول محمد رحمه الله ان هذا ابطال لحق الشفعة لان ابطال الشيء بعد ثبوته ضرر والحق ههنا لم يثبت بعد ذلك فلا تكون الحيلة ابطالا له بل هو منع من الثبوت بمباشرة سبب الامتناع شرعا وانه جائز فما ذكره أبو يوسف رحمه الله هو الحكم المر وما ذكره محمد رحمه الله احتياطا والاصل في شرع الحيلة قوله سبحانه وتعالى في قصة سيدنا أيوب عليه الصلاة والسلام وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الذبائح والصيود ﴾

يحتاج في هذا الكتاب الى بيان المأكول وغير المأكول من الحيوانات والى بيان المكروه منها والى بيان شرائط حل الاكل في المأكول والى بيان ما يحرم أكله من أجزاء الحيوان المأكول أما الاول فالحيوان في الاصل نوعان نوع يعيش في البحر ونوع يعيش في البر أما الذي يعيش في البحر فجميع ما في البحر من الحيوان محرم الأكل الا السمك خاصة فانه يحل أكله الا ما طفا منه وهذا قول أصحابنا رضي الله تعالى عنهم وقال بعض الفقهاء وابن أبي ليلى رحمهم الله انه يحل أكل ما سوى السمك من الضفدع والسرطان وحية الماء وكلبه وخنزيره ونحو ذلك لكن بالذكاة وهو قول الليث بن سعد رحمه الله الا في انسان الماء وخنزيره انه لا يحل وقال الشافعي رحمه الله يحل جميع ذلك من غير ذكاة وأخذه ذكاته ويحل أكل السمك الطافي أما الكلام في المسئلة الاولى فهم احتجوا بظاهر قوله تبارك وتعالى أحل لكم صيد البحر واسم الصيد يقع على ما سوى السمك من حيوان البحر فيقتضي ان يكون الكل حلالا وبقول النبي عليه الصلاة والسلام حين سئل عن البحر فقال هو الطهور ماؤه والحل ميتته وصف ميتة البحر بالحل من غير فصل بين السمك وغيره ولنا قوله تبارك وتعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير من غير فصل بين البري والبحري وقوله عز شأنه ويحرم عليهم الخبائث والضفدع والسرطان والحية ونحوها من الخبائث وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن ضفدع يجعل شحمه في الدواء فنهى عليه الصلاة والسلام عن قتل الضفادع وذلك نهي عن أكله وروي انه لما سئل عنه فقال عليه الصلاة والسلام خبيثة من الخبائث ولا حجة لهم في الآية لان المراد من الصيد المذكور هو فعل الصيد وهو الاصطياد لانه هو الصيد حقيقة لا المصيد لانه مفعول فعل الصيد واطلاق اسم الفعل يكون مجازا ولا يجوز العدول عن حقيقة اللفظ من غير دليل ولان الصيد اسم لما يتوحش ويمتنع ولا يمكن أخذه الا بحيلة اما لطيرانه أو لعدوه وهذا انما يكون حالة الاصطياد لا بعد الاخذ لانه صار لحما بعده ولم يبق صيدا حقيقة لانعدام معنى الصيد وهو التوحش والامتناع والدليل عليه انه عطف عليه قوله عز شأنه وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما والمراد منه الاصطياد من المحرم لا أكل الصيد لان ذلك مباح للمحرم اذا لم يصطده بنفسه ولا غيره بامره فثبت انه لا دليل في الآية

على اباحة الاكل بل خرجت للفصل بين الاصطياد فى البحر و بين الاصطياد فى البر للمحرم والمراد من قول النبي عليه الصلاة والسلام والحل ميتته السمك خاصة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان الميتتان السمك والجراد والدمان الكبد والطحال فسر عليه الصلاة والسلام بالسمك والجراد فدل أن المراد منها السمك ويحمل الحديث على السمك وتخصيصه بما تلونا من الآية ورويناه من الخبر (وأما) المسئلة الثانية وهى مسئلة الطافى فالشافعى رحمه الله احتج بقوله تعالى وطعامه متاعا لكم معطوفا على قوله أحل لكم صيد البحر أى أحل لكم طعامه وهذا يتناول ما صيد منه وما لم يصد والطافى لم يصد فيتناوله بقوله عليه الصلاة والسلام فى صفة البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته وأحق ما يتناوله اسم الميتة الطافى لانه الميت حقيقة وبقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الميتتان السمك والجراد فسر النبي عليه الصلاة والسلام الميتة بالسمك من غير فصل بين الطافى وغيره ولنا ما روى عن جابر ابن عبد الله الانصارى رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن أكل الطافى وعن سيدنا على رضى الله عنه انه قال لا تبيعوا فى أسواقنا الطافى وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال ما دسره البحر فكله وما وجدته يطفو على الماء فلا تأكله واما الآية فلا حجة له فيها لان المراد من قوله تعالى وطعامه ما قذفه البحر الى الشطفات كذا قال أهل التأويل وذلك حلال عندنا لانه ليس بطاف انما الطافى اسم لما مات فى الماء من غير آفة وسبب حادث وهذا مات بسبب حادث وهو قذف البحر فلا يكون طافيا والمراد من الحديثين غير الطافى لما ذكرنا ثم السمك الطافى الذى لا يحل أكله عندنا هو الذى يموت فى الماء حتف أنفه بغير سبب حادث منه سواء علا على وجه الماء أو لم يعل بعد أن مات فى الماء حتف أنفه من غير سبب حادث وقال بعض مشايخنا هو الذى يموت فى الماء بسبب حادث ويعلو على وجه الماء فان لم يعل يحل والصحيح هو الحد الأول وتسميته طافيا لعلوه على وجه الماء عادة وروى هشام عن محمد رحمهما الله فى السمك اذا كان بعضها فى الماء وبعضها على الارض ان كان رأسها على الارض أكلت وان كان رأسها أو أكثره فى الماء لم تؤكل لان رأسها موضع نفسها فاذا كان خارجا من الماء فالظاهر انه مات بسبب حادث واذا كان فى الماء أو أكثره فالظاهر انه مات فى الماء بغير سبب وقالوا فى سمكة ابتلعت سمكة أخرى انها تؤكل لانها ماتت بسبب حادث ولو مات من الحر والبرد وكدر الماء ففيه روايتان فى رواية لا يؤكل لان الحر والبرد وكدر الماء ليس من أسباب الموت ظاهرا فلم يوجد الموت بسبب حادث يوجب الموت ظاهرا أو غالبا فلا يؤكل وفى رواية يؤكل لان هذه أسباب الموت فى الجملة فقد وجد الموت بسبب حادث فلم يكن طافيا فيؤكل ويستوى فى حل الاكل جميع أنواع السمك من الجريث والمارماهى وغيرهما لان ما ذكرنا من الدلائل فى اباحة السمك لا يفصل بين سمك وسمك الا ما خص بدليل وقد روى عن سيدنا على وابن عباس رضى الله عنهما اباحة الجريث والسمك الذكر ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعا (وأما) الذى يعيش فى البر فانواع ثلاثة ما ليس له دم أصلا وما ليس له دم سائل وما له دم سائل مثل الجراد والزنبور والذباب والعنكبوت والعضابة والخنفساء والبغاثة والعقرب ونحوها لا يحل أكله الا الجراد خاصة لانها من الخبائث لاستبعاد الطباع السليمة اياها وقد قال الله تبارك وتعالى ويحرم عليهم الخبائث الا أن الجراد خص من هذه الجملة بقوله عليه الصلاة والسلام احلت لنا ميتتان فبقى على ظاهر العموم وكذلك ما ليس له دم سائل مثل الحية والوزغ وسام أبرص وجميع الحشرات وهوام الارض من الفأر والقراد والقنافذ والضب واليربوع وابن عرس ونحوها ولا خلاف فى حرمة هذه الاشياء الا فى الضب فانه حلال عند الشافعى واحتج بما روى ابن عباس رضى الله عنهما انه قال أكلت على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم لحم ضب وعن ابن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال انه لم يكن بأرض قومى فأجد نفسى تعافه فلا آكله ولا أحرمه وهذا نص على عدم الحرمة الشرعية واشارة الى الكراهة الطبيعية (ولنا) قوله تبارك وتعالى ويحرم عليهم الخبائث والضب من الخبائث وروى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها ان النبي عليه الصلاة والسلام

أهدى اليه لحم ضب فامتنع أن يأكله فجاءت سائلة فأرادت سيدتنا عائشة رضى الله عنها أن تطعمها إياه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أتطعمين مالا تأكلين ولا يحتمل أن يكون امتناعه لما أن نفسه الشريفة عافته لانه لو كان كذلك لما منع من التصدق به كشاة الانصار انه لما امتنع من أكلها أمر بالتصدق بها ولان الضب من جملة المسوخ والمسوخ محرمة كالدب والقرد والفيل فيما قيل والدليل عليه ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال عليه الصلاة والسلام ان أمة مسخت فى الارض وانى أخاف أن يكون هذا منها وهكذا روى عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال كنا فى بعض المغازى فاصابتنا مجاعة فنزلنا فى أرض كثيرة الضباب فنصبنا القدور وكانت القدور تغلى اذ جاء النبى عليه الصلاة والسلام فقال ماهذا قلنا الضب يارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ان أمة مسخت فاخاف أن يكون هذا منها فأمر بالقاء القدور وماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وماروينا فهو خاطر والعمل بالخاطر أولى وماله دم سائل نوعان مستأنس ومستوحش اما المستأنس من البهائم فنحو الابل والبقر والغنم بالاجماع وبقوله تبارك وتعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون وقوله سبحانه وتعالى الله الذى جعل لكم الانعام لتركبوا منها ومنها تأكلون واسم الانعام يقع على هذه الحيوانات بلا خلاف بين أهل اللغة ولا تحل البغال والحمير عند عامة العلماء رحمهم الله تعالى وحكى عن بشر المريسى رحمه الله أنه قال لا بأس بأكل الحمار واحتج بظاهر قوله عز وجل قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أودما مسفوحا أو لحم خنزير ولم يذكر الحمير الانسية وروى ان رجلا جاء الى النبى عليه الصلاة والسلام وقال انه فنى مالى ولم يبق لى الا الحمر الاهلية فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك فانى انما كنت نهيتكم عن جلال القرية وروى عن جوال القرى بتشديد اللام وروى فانما قذرت لكم جالة القرية (ولنا) قوله تبارك وتعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وسنذكر وجه الاستدلال بالآية ان شاء الله تعالى وروى أبو حنيفة عن نافع عن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة خيبر عن لحوم الحمر الاهلية وعن متعة النساء وروى ان سيدنا عليا رضى الله عنه قال لابن عباس رضى الله عنهما وهو يفتى الناس فى المتعة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء وعن لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر فرجع ابن عباس رضى الله عنهما عن ذلك وروى انه قيل للنبى عليه الصلاة والسلام يوم خيبر أكلت الحمر فأمر أباطلحة رضى الله عنه ينادى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهاكم عن لحوم الحمر فانها رجز وروى فانها رجس وهذه اخبار مستفيضة عرفها الخاص والعام وقبلوها وعملوا بها وظهر العمل بها وأما الآية فقد اختص منها أشياء غير مذكورة فيها فيختص المتنازع فيه بما ذكرنا من الدلائل مع ما ان ماروينا من الاخبار مشهورة ويجوز نسخ الكتاب بالخبر المشهور وعلى ان فى الآية الشريفة أنه لا يحل سوى المذكور فيها وقت نزولها لان الاصل فى الفعل هو الحال فيحتمل انه لم يكن وقت نزول الآية تحريم سوى المذكور فيها ثم حرم ماحرم بعد على أنا نقول بموجب الآية لا محرم سوى المذكور فيها ونحن لا نطلق اسم المحرم على لحوم الحمر الاهلية اذ المحرم المطلق ماثبتت حرمته بدليل مقطوع به فأما ما كانت حرمته محل الاجتهاد فلا يسمى محرما على الاطلاق بل نسميه مكروها فنقول بوجوب الامتناع عن أكلها عملا مع التوقف فى اعتقاد الحل والحرمة وأما الحديث فيحتمل أن يكون المراد من قوله عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك أى من أثمانها كما يقال فلان أكل عقاره أى ثمن عقاره ويحتمل أن يكون ذلك اطلاقا للانتفاع بظهورها بالاكراء كما يحمل على شئ مما ذكرنا عملا بالدلائل كلها ويحتمل انه كان قبل التحريم فانفسخ بما ذكرنا وان جهل التاريخ فالعمل بالخاطر أولى احتياطا فان قيل ماروينم يحتمل أيضا انه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل الحمر يوم خيبر لانها كانت غنيمة من الخمس أو لقلة الظهر أو لانها كانت جلالة فوقع التعارض والجواب ان شيأ من ذلك لا يصلح محملا (أما) الاول فلان ما يحتاج اليه الجند لا يخرج منه الخمس كالطعام والعلف (وأما) الثانى فلان المروى أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم أمر باكفاء القدور يوم خيبر ومعلوم ان ذلك ممالا ينتفع به فى الظهر (وأما) الثالث فلانه عليه الصلاة والسلام خص النهى بالحمر الاهلية وهذا المعنى لا يختص بالحمر بل يوجد فى غيرها (وأما) لحم الخيل فقد قال أبو حنيفة رضى الله عنه يكره وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكره و به أخذ الشافعى رحمه الله واحتجا بما روى عن أنس بن مالك رضى الله عنه أنه قال أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى عن جابر رضى الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية وأذن فى الخيل و روى أنه قال أطعمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الخيل ونهانا عن لحوم الحمر و روى عنه انه قال كنا قد جعلنا فى قدورنا لحم الخيل ولحم الحمار فنهانا النبى عليه الصلاة والسلام أن نأكل لحم الحمار وأمرنا أن نأكل لحم الخيل وعن سيدتنا أسماء بنت سيدنا أبى بكر الصديق رضى الله عنهما أنها قالت نحرنا فرسا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكلناه ولابى حنيفة رضى الله عنه الكتاب والسنة ودلالة الاجماع (أما) الكتاب العزيز فقوله جل شأنه والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة (ووجه) الاستدلال به ماحكى عن ابن عباس رضى الله عنهما فانه روى أنه سئل عن لحم الخيل فقرأ بهذه الآية الشريفة وقال ولم يقل تبارك وتعالى لتأكلوها فيكره أكلها وتمام هذا الاستدلال ان الله تبارك وتعالى ذكر الانعام فيما تقدم ومنافعها وبالغ فى ذلك بقوله تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون ولكم فيها جمال حين تريحون وحين تسرحون وتحمل أثقالكم الى بلد لم تكونوا بالغيه الا بشق الانفس ان ربكم لرؤف رحيم وكذا ذكر فيما بعد هذه الآية الشريفة متصلا بها منافع الماء المنزل من السماء والمنافع المتعلقة بالليل والنهار والشمس والقمر والنجوم والمنافع المتعلقة بالبحر على سبيل المبالغة بيان شفاء لا بيان كفاية وذكر فى هذه الآية انه سبحانه وتعالى خلق الخيل والبغال والحمير للركوب والزينة ذكر منفعة الركوب والزينة ولم يذكر سبحانه وتعالى منفعة الاكل فدل انه ليس فيها منفعة أخرى سوى ماذكرناه ولو كان هناك منفعة أخرى سوى ماذكرنا لم يحتمل ان لا نذكرها عند ذكر المنافع المتعلقة بها على سبيل المبالغة والاستقصاء وقوله عز وجل يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ولحم الخيل ليس بطيب بل هو خبيث لأن الطباع السليمة لا تستطيبه بل تستخبثه حتى لا تجد أحدا ترك بطبعه الا و يستخبثه و ينفى طبعه عن أكله وانما يرغبون فى ركوبه الا يرغب طبعه فيما كان مجبولا عليه و به تبين ان الشرع انما جاء باحلال ماهو مستطاب فى الطبع لا بما هو مستخبث ولهذا لم يجعل المستخبث فى الطبع غذاء اليسر وانما جعل ماهو مستطاب بلغ فى الطيب غايته (وأما) السنة فما روى عن جابر رضى الله عنه أنه قال لما كان يوم خيبر أصاب الناس مجاعة فأخذوا الحمر الاهلية فذبحوها فحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الانسية ولحوم الخيل والبغال وكل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير وحرم الخلسة والنهبة وعن خالد بن الوليد رضى الله عنه أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير وعن المقدام بن معدى كرب أن النبى عليه الصلاة والسلام قال حرم عليكم الحمار الاهلى وخيلها وهذا نص على التحريم وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الخيل لثلاثة فهى لرجل ستر ولرجل أجر ولرجل وزر ولو صلحت للاكل لقال عليه الصلاة والسلام الخيل لاربعة لرجل ستر ولرجل أجر ولرجل وزر ولرجل طعام (وأما) دلالة الاجماع فهى أن البغل حرام بالاجماع وهو ولد الفرس فلو كانت أمه حلالا لكان هو حلالا أيضا لان حكم الولد حكم أمه لانه منها وهو كبعضها ألا ترى ان حمار وحش لو نزى على حمارة أهلية فولدت لم يؤكل ولدها ولو نزا حمار أهلى على حمارة وحشية وولدت يؤكل ولدها ليعلم ان حكم الولد حكم أمه فى الحل والحرمة دون الفحل فلما كان لحم الفرس حراما كان لحم البغل كذلك وماروى فى بعض الروايات عن جابر وما فى رواية سيدتنا أسماء رضى الله عنها يحتمل أنه كان ذلك فى الحال التى كان يؤكل فيها الحمر لان النبى عليه الصلاة والسلام انما نهى عن أكل لحوم الحمر يوم خيبر وكانت الخيل تؤكل فى ذلك الوقت ثم حرمت يدل عليه ماروى عن الزهرى أنه قال ماعلمنا الخيل أكلت الا فى حصار وعن الحسن رضى الله عنه أنه قال

كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكلون لحوم الخيل في مغازيهم فهذا يدل على أنهم كانوا يأكلونها في حال الضرورة كما قال الزهري رحمه الله أو يحمل على هذا اعمالا بالدليل صيانة لها عن التناقض أو يترجح الحاظر على المبيح احتياطاً وهذا الذي ذكرنا حجج أبي حنيفة رضي الله عنه على رواية الحسن انه يحرم أكل لحم الخيل (وأما) على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يكره أكله ولم يطلق التحريم لاختلاف الاحاديث المروية في الباب واختلاف السلف فكره أكل لحمه احتياطا لباب الحرمة وأما المتوحش منها نحو الظباء وبقر الوحش وحمر الوحش وابل الوحش فحلال باجماع المسلمين ولقوله تبارك وتعالى يسئلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وقوله عز شأنه ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث وقوله سبحانه وتعالى كلوا من طيبات ما رزقناكم ولحوم هذه الاشياء من الطيبات فكان حلالا وروى أنه لما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر فقال الاهلية فقيل نعم فدل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم على اختلاف حكم الاهلية والوحشية وقد ثبت أن الحكم في الاهلية الحرمة لما ذكرنا من الدلائل فكان حكم الوحشية الحل ضرورة وروى ان رجلا من فهر جاء الى النبي عليه الصلاة والسلام وهو بالروحاء ومع الرجل حمار وحشي عقره فقال هذه رميتي يارسول الله وهي لك فقبله النبي عليه الصلاة والسلام وأمر سيدنا أبا بكر رضي الله عنه فقسمه بين الرفاق والحديث وان ورد في حمار الوحش لكن احلال الحمار الوحشي احلال للظبي والبقر الوحشي والابل الوحشي من طريق الاولى لان الحمار الوحشي ليس من جنسه من الاهلي ما هو حلال بل هو حرام وهذه الاشياء من جنسها من الاهلي ما هو حلال فكانت أولى بالحل وأما المستأنس من السباع وهو الكلب والسنور الاهلي فلا يحل وكذلك المتوحش منها المسمى بسباع الوحش والطير وهو كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير لما روى في الخبر المشهور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير وعن الزهري رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ذي ناب من السباع حرام فذو الناب من سباع الوحش مثل الاسد والذئب والضبع والنمر والفهد والثعلب والسنور البري والسنجاب والفنك والسمور والدلق والدب والقرد والفيل ونحوها فلا خلاف في هذه الجملة أنها محرمة الا الضبع فانه حلال عند الامام الشافعي رحمه الله واحتج بما روى عن عطاء عن جابر رضي عنهما أنه قال في الضبع كبش فقلت له أهو صيد فقال نعم فقلت يؤكل فقال نعم فقلت أسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم (ولنا) ان الضبع سبع ذو ناب فيدخل تحت الحديث المشهور وما روى ليس بمشهور فالعمل بالمشهور أولى على ان ما روينا محرم وما رواه محلل والمحرم يقضي على المبيح احتياطا ولا بأس بأكل الارنب لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأهدى له اعرابي أرنبة مشوية فقال لاصحابه كلوا وعن محمد بن صفوان أو صفوان بن محمد أنه قال أصبت أرنبتين فذبحتهما بمروة وسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرني بأكلهما وذو المخلب من الطير كالبازي والباشق والصقر والشاهين والحدأة والنعاب والنسر والعقاب وما أشبه ذلك فيدخل تحت نهي النبي عليه الصلاة والسلام عن كل ذي مخلب من الطير وروى انه نهى عن كل ذي خطفة ونهبة ومجثمة وعن كل ذي ناب من الطير والمجثمة روى بكسر الثاء وفتحها من الجثوم وهو تلبد الطائر الذي من عادته الجثوم على غيره ليقتله وهو السباع من الطير فيكون نهياً على أكل كل طير هذا عادته وبالفتح هو الصيد الذي يجثم عليه طائر فيقتله فيكون نهياً عن أكل كل طير قتله طيرآ خر بجثومه عليه وقيل بالفتح هو الذي يرمى حتى يجثم فيموت وما لا مخلب له من الطير فالمستأنس منه كالدجاج والبط والمتوحش كالحمام والفاختة والعصافير والقبج والكركي والغراب الذي يأكل الحب والزرع والعقعق ونحوها حلال بالاجماع

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يكره من الحيوانات فيكره أكل لحوم الابل الجلالة وهي التي الاغلب من أكلها النجاسة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الابل الجلالة ولانه اذا كان الغالب من أكلها النجاسات

يتغير لحمها و ينتن فيكره أكله كالطعام المنتن وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الجلالة أن تشرب ألبانها لان لحمها اذا تغير يتغير لبنها وماروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ان يحج عليها وان يعتمر عليها وان يغزى وأن ينتفع بها فيما سوى ذلك فذلك محمول على انها انتنت فى نفسها فيمتنع من استعمالها حتى لا يتأذى الناس بنتنها كذا ذكره القدورى رحمه الله فى شرحه مختصر الكرخى وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه لا يحل الانتفاع بها من العمل وغيره الا ان تحبس أياما وتعلف فحينئذ تحل وماذكر القدورى رحمه الله أجود لان النهى ليس لمعنى يرجع الى ذاتها بل لعارض جاورها فكان الانتفاع بها حلالا فى ذاته الا انه يمنع عنه لغيره ثم ليس لحبسها تقدير فى ظاهر الرواية هكذا روى عن محمد رحمه الله أنه قال كان أبو حنيفة رضى الله عنه لا يوقت فى حبسها وقال تحبس حتى تطيب وهو قولهما أيضا وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة عليه الرحمة انها تحبس ثلاثة أيام وروى ابن رستم رحمه الله عن محمد فى الناقة الجلالة والشاة والبقر الجلال انها انما تكون جلالة اذا تفتتت وتغيرت ووجد منها ريح منتنة فهى الجلالة حينئذ لا يشرب لبنها ولا يؤكل لحمها وبيعها وهبتها جائز هذا اذا كانت لا تخلط ولا تأكل الا العذرة غالبا فان خلطت فليست جلالة فلا تكره لانها لا تنتن ولا يكره أكل الدجاج المخلى وان كان يتناول النجاسة لانه لا يغلب عليه أكل النجاسة بل يخلطها بغيرها وهو الحب فيأكل ذا وذا وقيل انما لا يكره لانه لا ينتن كما ينتن الابل والحكم متعلق بالنتن ولهذا قال اصحابنا فى جدى ارتضع بلبن خنزير حتى كبر انه لا يكره أكله لان لحمه لا يتغير ولا ينتن فهذا يدل على ان الكراهة فى الجلالة لمكان التغير والنتن لا لتناول النجاسة ولهذا اذا خلطت لا يكره وان وجد تناول النجاسة لانها لا تنتن فدل ان العبرة للنتن لا لتناول النجاسة والافضل ان تحبس الدجاج حتى يذهب ما فى بطنها من النجاسة لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يحبس الدجاج ثلاثة ايام ثم يأكله وذلك على طريق التنزه وهو رواية أبى يوسف عن ابى حنيفة عليهما الرحمة انها تحبس ثلاثة أيام كانه ذهب الى ذلك للخبر ولماذكرنا ان ما فى جوفها من النجاسة يزول فى هذه المدة ظاهرا وغالبا ويكره الغراب الاسود الكبير لما روى عن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال من يأكل بعد ما سماه الله تبارك وتعالى فاسقا عنى بذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس من الفواسق يقتلهن المحرم فى الحل والحرم ولان غالب أكلها الجيف فيكره أكلها كالجلالة ولا بأس بغراب الزرع لانه يأكل الحب والزرع ولا يأكل الجيف هكذا روى بشر بن الوليد عن أبى يوسف قال سألت أبا حنيفة عليه الرحمة عن أكل الغراب فرخص فى غراب الزرع وكره الغداف فسألته عن الابقع فكرهه وذلك وان كان غرابا يخلط فيأكل الجيف ويأكل الحب لا يكره فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة قال وانما يكره من الطير مالا يأكل الا الجيف ولا بأس بالعقعق لانه ليس بذى مخلب ولا من الطير الذى لا يأكل الا الجيف كذا روى أبو يوسف أنه قال سألت أبا حنيفة رحمه الله فى أكل العقعق فقال لا بأس به فقلت انه يأكل الجيف فقال انه يخلط فحصل من قول أبى حنيفة ان ما يخلط من الطيور لا يكره أكله كالدجاج وقال أبو يوسف رحمه الله يكره لان غالب أكله الجيف

﴿فصل﴾ وأما بيان شرط حل الاكل فى الحيوان المأكول فشرط حل الاكل فى الحيوان المأكول البرى هو الذكاة فلا يحل أكله بدونها لقوله تبارك وتعالى حرمت عليكم الميتة والدم الى قوله عز شأنه وما أكل السبع الا ما ذكيتم استثنى سبحانه وتعالى الذكى من المحرم والاستثناء من التحريم اباحة ثم الكلام فى الذكاة فى الاصل فى ثلاثة مواضع فى بيان ركن الذكاة وفى بيان شرائط الركن وفى بيان ما يستحب من الذكاة وما يكره منها فالذكاة نوعان اختيارية وضرورية أما الاختيارية فركنها الذبح فيما يذبح من الشاة والبقرة ونحوهما والنحر فيما ينحر وهو الابل عند القدرة على الذبح والنحر لا يحل بدون الذبح والنحر لان الحرمة فى الحيوان المأكول لمكان الدم المسفوح وأنه لا يزول الا بالذبح والنحر ولان الشرع انما ورد باحلال الطيبات قال الله تبارك وتعالى يسئلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وقال سبحانه وتعالى ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ولا يطيب الا بخروج الدم المسفوح وذلك بالذبح والنحر

ولهذا حرمت الميتة لان المحرم وهو الدم المسفوح فيها قائم ولذا لا يطيب مع قيامه ولهذا يفسد فى أدنى مدة ما يفسد فى مثلها المذبوح وكذا المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة لما قلنا والذبح هو فرى الاوداج ومحله ما بين اللبة واللحيين لقول النبي عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحية أى محل الذكاة ما بين اللبة واللحيين وروى الذكاة فى الحلق واللبة والنحر فرى الاوداج ومحله آخر الحلق ولو نحر ما يذبح وذبح ما ينحر يحل لوجود فرى الاوداج ولكنه يكره لان السنة فى الابل النحر وفى غيرها الذبح ألا ترى ان الله تعالى ذكر فى الابل النحر وفى البقر والغنم الذبح فقال سبحانه وتعالى فصل لربك وانحر قيل فى التأويل أى انحر الجزور وقال الله عز شأنه ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح بمعنى المذبوح كالطحن بمعنى المطحون وهو الكبش الذى فدى به سيدنا اسماعيل أو سيدنا إسحاق صلوات الله عليهما على اختلاف أصل القصة فى ذلك وكذا النبي عليه الصلاة والسلام نحر الابل وذبح البقر والغنم فدل أن ذلك هو السنة وذكر محمد رحمه الله فى الاصل وقال بلغنا ان أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام ورضى الله عنهم كانوا ينحرون الابل قياما معقولة اليد اليسرى فدل ذلك على ان النحر فى الابل هو السنة لان الاصل فى الذكاة انما هو الاسهل على الحيوان وما فيه نوع راحة له فيه فهو أفضل لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته والاسهل فى الابل النحر لخلو لبتها عن اللحم واجتماع اللحم فيما سواه من خلفها والبقر والغنم جميع حلقها لا يختلف فان قيل أليس انه روى عن جابر رضى الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة أى ونحرنا البقرة عن سبعة لانه معطوف على الاول فكان خبر الاول خبرا للثانى كقولنا جاءنى زيد وعمرو فالجواب ان الذبح مضمر فيه ومعناه وذبحنا البقرة على عادة العرب فى الشيء اذا عطف على غيره وخبر المعطوف عليه لا يحتمل الوجود فى المعطوف أولا يوجد عادة أن يضمر المتعارف المعتاد كما قال الشاعر ولقيت زوجك فى الوغى * متقلدا سيفا ورمحا

أى متقلدا سيفاً ومعتقلا رمحاً وقال آخر * علفتها تبنا وماء باردا *

أى علفتها تبناً وسقيتها ماء باردا لان الرمح لا يحتمل التقلد أولا يتقلد عادة والماء لا يعلف بل يسقى كذا ههنا الذبح فى البقر هو المعتاد فيضمر فيه فصار كأنه قال نحرنا البدنة وذبحنا البقرة وهذا الذى ذكرنا قول عامة العلماء رضى الله تعالى عنهم وقال مالك رحمه الله اذا ذبح البدنة لا تحل لان الله تبارك وتعالى أمر فى البدنة بالنحر بقوله عز شأنه فصل لربك وانحر فاذا ذبح فقد ترك المأمور به فلا يحل ولنا ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ما أنهر الدم وفرى الاوداج فكل وبه تبين ان الامر بالنحر فى البدنة ليس لعينه بل لانهار الدم وافراء الاوداج وقد وجد ذلك ولا بأس فى الحلق كله أسفله أو أوسطه أو أعلاه لقوله عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين وقوله عليه الصلاة والسلام الذكاة فى الحلق واللبة من غير فصل ولان المقصود اخراج الدم المسفوح وتطييب اللحم وذلك يحصل بقطع الاوداج فى الحق كله ثم الاوداج اربعة الحلقوم والمرىء والعرقان اللذان بينهما الحلقوم والمرىء فاذا فرى ذلك كله فقد أتى بالذكاة بكمالها وسننها وان فرى البعض دون البعض فعند ابى حنيفة رضى الله عنه اذا قطع أكثر الاوداج وهو ثلاثة منها أى ثلاثة كانت وترك واحدا يحل وقال أبو يوسف رحمه الله لا يحل حتى يقطع الحلقوم والمرىء وأحد العرقين وقال محمد رحمه الله لا يحل حتى يقطع من كل واحد من الاربعة أكثره وقال الشافعى رحمه الله اذا قطع الحلقوم والمرىء حل اذا استوعب قطعهما (وجه) قول الشافعى رضى الله عنه ان الذبح ازالة الحياة والحياة لا تبقى بعد قطع الحلقوم والمرىء عادة وقد تبقى بعد قطع الودجين اذ هما عرقان كسائر العروق والحياة تبقى بعد قطع عرقين من سائر العروق (ولنا) ان المقصود من الذبح ازالة المحرم وهو الدم المسفوح ولا يحصل الا بقطع الودج (وجه) قول محمد عليه الرحمة انه اذا قطع الاكثر من كل واحد من الاربعة فقد حصل المقصود بالذبح وهو خروج الدم لانه يخرج ما يخرج

بقطع الكل (وجه) قول أبي يوسف ان كل واحد من العروق يقصد بقطعه غير ما يقصد به الآخر لان الحلقوم مجرى النفس والمرىء مجرى الطعام والودجين مجرى الدم فاذا قطع أحد الودجين حصل بقطعه المقصود منهما و إذا ترك الحلقوم لم يحصل بقطع ماسواه المقصود منه ولذلك اختلفا ولابي حنيفة عليه الرحمة انه قطع الاكثر من العروق الاربعة وللاكثر حكم الكل فيما بني على التوسعة في أصول الشرع والذكاة بنيت على التوسعة حيث يكتفي فيها بالبعض بلا خلاف بين الفقهاء وانما اختلفوا في الكيفية فيقام الاكثر فيها مقام الجميع ولو ضرب عنق جزور أو بقرة أو شاة بسيفه وابانها وسمى فان كان ضربها من قبل الحلقوم تؤكل وقد أساء أما حل الاكل فلانه أتى بفعل الذكاة وهو قطع العروق وأما الاساءة فلانه زاد في ألمها زيادة لا يحتاج اليها في الذكاة فيكره ذلك وان ضربها من القفا فان ماتت قبل القطع بأن ضرب على التأني والتوقف لا تؤكل لانها ماتت قبل الذكاة فكانت ميتة وان قطع العروق قبل موتها تؤكل لوجود فعل الذكاة وهي حية الا أنه يكره ذلك لانه زاد في ايلامها من غير حاجة وان أمضى فعله من غير توقف تؤكل لان الظاهر ان موتها بالذكاة وعلى هذا يخرج ما اذا ذبح بالمروة أو بليطة القصب أو بشقة العصا أو غيرها من الآلات التي تقطع انه يحل لوجود معنى الذبح وهو فري الاوداج وجملة الكلام فيه ان الآلة على ضربين آلة تقطع وآلة تفسخ والتي تقطع نوعان حادة وكليلة أما الحادة فيجوز الذبح بها حديداً كانت أو غير حديد والاصل في جواز الذبح بدون الحديد ما روي عن عدي بن حاتم رضي الله عنه انه قال قلت يارسول الله أرأيت أحدنا أصاب صيدا وليس معه سكين أيذكي بمروة أو بشقة العصا فقال عليه الصلاة والسلام أنهر الدم بما شئت واذكر اسم الله تعالى وروي ان جارية لكعب بن مالك رضي الله عنه ذبحت شاة بمروة فسأل كعب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأمر بأكلها ولانه يجوز بالحديد والجواز ليس لكونه من جنس الحديد بل لوجود معنى الحديد بدليل انه لا يجوز بالحديد الذي لا حد له فاذا وجد معنى الحد في المروة والليطة جاز الذبح بهما وأما الكليلة فان كانت تقطع يجوز لحصول معنى الذبح لكنه يكره لما فيه من زيادة إيلام لا حاجة اليها ولهذا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحديد الشفرة واراحة الذبيحة وكذلك اذا جرح بظفر منزوع أو سن منزوع جاز الذبح بهما ويكره وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انهر الدم بما شئت الا ما كان من سن أو ظفر فان الظفر مدى الحبشة والسن عظم من الانسان استثنى عليه الصلاة والسلام الظفر والسن من الاباحة والاستثناء من الاباحة يكون حظرا وعلل عليه الصلاة والسلام بكون الظفر مدى الحبشة وكون السن عظم الانسان وهذا خرج مخرج الانكار ولنا انه لما قطع الاوداج فقد وجد الذبح بهما فيجوز كما لو ذبح بالمروة وليطة القصب وأما الحديث فالمراد السن القائم والظفر القائم لان الحبشة انما كانت تفعل ذلك لاظهار الجلادة وذلك بالقائم لا بالمنزوع والدليل عليه انه روي في بعض الروايات الا ما كان قرضا بسن أو حزا بظفر والقرض انما يكون بالسن القائم وأما الآلة التي تفسخ فالظفر القائم والسن القائم ولا يجوز الذبح بهما بالاجماع ولو ذبحهما كان ميتة للخبر الذي روينا ولان الظفر والسن اذا لم يكن منفصلا فالذابح يعتمد على الذبيح فيختنق وينفسخ فلا يحل أكله حتى قالوا لو أخذ غيره يده فأمر يده كما أمر السكين وهو ساكت يجوز ويحل أكله وعلى هذا يخرج الجنين اذا خرج بعد ذبح أمه ان خرج حيا فذكي يحل وان مات قبل الذبح لا يؤكل بلا خلاف وان خرج ميتا فان لم يكن كامل الخلق لا يؤكل أيضا في قولهم جميعا لانه بمعنى المضغة وان كان كامل الخلق اختلف فيه قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا يؤكل وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس بأكله واحتجوا بقول النبي عليه الصلاة والسلام ذكاة الجنين بذكاة أمه فيقتضي انه يتذكى بذكاة أمه ولانه تبع لامه حقيقة وحكما (أما) الحقيقة فظاهر وأما الحكم فلانه يباع ببيع الام ويعتق بعتقها والحكم في التبع يثبت بعلة الاصل ولا يشترط له علة على حدة لئلا ينقلب التبع أصلا ولابي حنيفة قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم والجنين ميتة لانه لا حياة فيه والميتة مالا حياة فيه فيدخل تحت النص فان قيل الميتة اسم لزائل الحياة

فيستدعي

فيستدعى تقدم الحياة وهذا لا يعلم فى الجنين فالجواب ان تقدم الحياة ليس بشرط لاطلاق اسم الميت قال الله تبارك وتعالى وكنتم أمواتا فأحياكم ثم يميتكم على انا ان سلمنا ذلك فلا بأس به لانه يحتمل انه كان حيافمات بموت الام و يحتمل انه لم يكن فيحرم احتياطا ولانه أصل فى الحياة فيكون له أصل فى الذكاة والدليل على انه أصل فى الحياة انه يتصور بقاؤه حيا بعد ذبح الام ولو كان تبعا للام فى الحياة لما تصور بقاؤه حيا بعد زوال الحياة عن الام واذا كان أصلا فى الحياة يكون أصلا فى الذكاة لان الذكاة تفويت الحياة ولانه اذا تصور بقاؤه حيا بعد ذبح الام لم يكن ذبح الام سببا لخروج الدم عنه اذلو كان لما تصور بقاؤه حيا بعد ذبح الام اذ الحيوان الدموى لا يعيش بدون الدم عادة فبقى الدم المسفوح فيه ولهذا اذا جرح يسيل منه الدم وانه حرم بقوله سبحانه وتعالى دما مسفوحا وقوله عزشأنه حرمت عليكم الميتة والدم ولا يمكن التميز بين لحمه ودمه فيحرم لحمه أيضاً وأما الحديث فقد روى بنصب الذكاة الثانية معناه كذكاة أمه اذ التشبيه قد يكون بحرف التشبيه وقد يكون بحذف حرف التشبيه قال الله تعالى وهى تمر مر السحاب وقال عز شأنه ينظرون اليك نظر المغشى عليه من الموت أى كنظر المغشى عليه وهذا حجة عليكم لان تشبيه ذكاة الجنين بذكاة أمه يقتضى استواءهما فى الافتقار الى الذكاة ورواية الرفع تحتمل التشبيه أيضاً قال الله سبحانه وتعالى وجنة عرضها السموات والارض أى عرضها كعرض السموات فيكون حجة عليكم و يحتمل الكناية كما قالوا فلا تكون حجة مع الاحتمال مع أنه من أخبار الآحاد و رد فيما تعم به البلوى وانه دليل عدم الثبوت اذ لو كان ثابتا لاشتهر واذا خرجت من الدجاجة الميتة بيضة تؤكل عندنا سواء اشتد قشرها أو لم يشتد وعند الشافعى رحمه الله ان اشتد قشرها تؤكل والا فلا (وجه) قوله أنه اذا لم يشتد قشرها فهى من أجزاء الميتة فتحرم بتحريم الميتة واذا اشتد قشرها فقد صار شيئاً آخر وهو منفصل عن الدجاجة فيحل (ولنا) انه شىء طاهر فى نفسه مودع فى الطير منفصل عنه ليس من اجزائه فتحريمها لا يكون تحريما له كما اذا اشتد قشرها ولو ماتت شاة وخرج من ضرعها لبن يؤكل عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يؤكل وهو قول الشافعى رحمهم الله جميعاً الا ان عند الشافعى لا يؤكل لكونه ميتة وعندهما لا يؤكل لنجاسة الوعاء ولابى حنيفة عليه الرحمة قوله تبارك وتعالى وان لكم فى الانعام لعبرة نسقيكم مما فى بطونه من بين فرث ودم لبناً خالصاً سائغاً للشاربين والاستدلال بالآية من وجوه أحدها انه وصفه بكونه خالصاً فيقتضى ان لا يشوبه شىء من النجاسة والثانى أنه سبحانه وتعالى وصفه بكونه سائغا للشاربين والحرام لا يسوغ للمسلم والثالث انه سبحانه وتعالى من علينا بذلك اذ الآية خرجت مخرج المنة والمنة بالحلال لا بالحرام وعلى هذا الخلاف الانفحة اذا كانت مائعة وان كانت صلبة فعند أبى حنيفة رحمه الله تؤكل وتستعمل فى الادوية كلها وعندهما يغسل ظاهرها وتؤكل وعند الشافعى لا تؤكل أصلا (وأما) الاضطرارية فركنها العقر وهو الجرح فى أى موضع كان وذلك فى الصيد وما هو فى معنى الصيد وانما كان كذلك لان الذبح اذا لم يكن مقدوراً ولا بد من اخراج الدم لازالة المحرم وتطييب اللحم وهو الدم المسفوح على ما بينا فيقام سبب الذبح مقامه وهو الجرح على الاصل المعهود فى الشرع من اقامة السبب مقام المسبب عند العذر والضرورة كما يقام السفر مقام المشقة والنكاح مقام الوطء والنوم مضطجعاً أو متوركاً مقام الحدث ونحو ذلك وكذلك ما ند من الابل والبقر والغنم بحيث لا يقدر عليها صاحبها لانها بمعنى الصيد وان كان مستأنساً وقد روى ان بعيرا ند على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فرماه رجل فقتله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لهذه الابل أوابد كاوابد الوحش فاذا غلبكم منها شىء فاصنعوا به هكذا وسواء ند البعير والبقر فى الصحراء أو فى المصر فذكاتهما العقر كذا روى عن محمد لانهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر عليهما قال محمد والبعير الذى ند على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان بالمدينة فدل ان ند البعير فى الصحراء والمصر سواء فى هذا الحكم (وأما) الشاة فان ندت فى الصحراء فذكاتها العقر لانه لا يقدر عليها وان ندت فى المصر لم يجز عقرها لانه يمكن أخذها اذهى لا تدفع عن نفسها فكان الذبح مقدوراً عليه فلا يجوز العقر وهذا لان العقر خلف من الذبح والقدرة على الاصل تمنع المصير الى الخلف كما فى التراب مع الماء والاشهر

مع الاقراء وغيرذلك وكذلك ماوقع منها فى قليب فلم يقدر على اخراجه ولا على مذبحه ولا منحره فان ذكاته ذكاة الصيد لكونه فى معناه لتعذر الذبح والنحر وذكر فى المنتقى فى البعير اذا صال على رجل فقتله وهو يريد الذكاة حل أكله اذا كان لا يقدر على أخذه وضمن قيمته لانه اذا كان لا يقدر على أخذه صار بمنزلة الصيد فجعل الصيال منه كنده لانه يعجز عن أخذه فيعجز عن نحره فيقام الجرح فيه مقام النحر كما فى الصيد ثم لا خلاف فى الاصطياد بالسهم والرمح والحجر والخشب ونحوها انه اذا لم يجرح لا يحل وأصله ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن صيد المعراض فقال عليه والسلام اذا خرق فكل وان أصابه بعرض فلا تأكل فانه وقيذ (وأما) الاصطياد بالجوارح من الحيوانات اما بناب كالكلب والفهد ونحوهما واما بالمخلب كالبازى والشاهين ونحوهما فكذلك فى الرواية المشهورة انه اذا لم يجرح لا يحل حتى لوخنق أوصدم ولم يجرح ولم يكسر عضوا منه لا يحل فى ظاهر الرواية وروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف انه يحل (وجه) هذه الرواية ان الكلب يأخذ الصيد على حسب ما يتفق له فقد يتفق له الاخذ بالجرح وقد يتفق بالخنق والصدم والحال حال الضرورة فيوسع الامر فيه ويجعل الخنق والصدم كالجرح كما وسع فى الذبح (وجه) ظاهر الرواية قوله تعالى يسئلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح وهى من الجراحة فيقتضى اعتبار الجرح ولان الركن هو اخراج الدم وذلك بالذبح فى حال القدرة وفى حال العجز أقيم الجرح مقامه لكونه سببا فى خروج الدم ولا يوجد ذلك فى الخنق وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صيد المعراض اذا خرق فكل وان أصاب بعرضه فلا تأكل فانه وقيذ وروى انه عليه الصلاة والسلام قال ما أصبت بعرضه فلا تأكل فهو وقيذ وما أصبت بحده فكل أراد عليه الصلاة والسلام الحل والحرمة على الجرح وعدم الجرح وسمى عليه الصلاة والسلام غير المجروح وقيذا وانه حرام بقوله تبارك وتعالى والموقوذة ولانها منخنقة وانها محرمة بقوله عز وجل والمنخنقة فان لم يجرحه ولم يخنقه ولكنه كسر عضوا منه فمات فقد ذكر الكرخى رحمه الله انه لم يحك عن أبى حنيفة رحمه الله فيه شئ مصرح وذكر محمد فى الزيادات وأطلق انه اذا لم يجرح لم يؤكل وهذا الاطلاق يقتضى انه لا يحل بالكسر وقال أبو يوسف اذا جرح بناب أومخلب أوكسر عضوا فقتله فلا بأس بأكله فقد جعل الكسر جراحة باطنه فيلحق بالجراحة لظاهره فى حكم بنى على الضرورة والعذر (وجه) رواية محمد رحمه الله وهى الصحيحة ان الاصل هو الذبح وانما اقيم الجرح مقامه فى كونه سببا لخروج الدم وذلك لا يوجد فى الكسر فلا يقام مقامه ولهذا لم يقم الخنق مقامه وقد قالوا اذا أصاب السهم ظلف الصيد فان وصل الى اللحم فأدماه حل والا فلا وهذا تفريع على رواية اعتبار الجرح ولو ذبح شاة ولم يسل منها دم قيل وهذا قد يكون فى شاة اعتلفت العناب اختلف المشايخ فيه قال ابو القاسم الصفار رحمه الله لا تؤكل لقوله عليه الصلاة والسلام ما فرى الاوداج وأنهر الدم فكل يؤكل بشرط انهار الدم ولم يوجد ولان الذبح لم يشرط لعينه بل لاخراج الدم المحرم وتطييب اللحم ولم يوجد فلا يحل وقال أبو بكر الاسكاف والفقيه أبو جعفر الهندوانى رحمهما الله يؤكل لوجود الذبح وهو فرى الاوداج وانه سبب لخروج الدم عادة لكنه امتنع لعارض بعد وجود السبب فصار كالدم الذى احتبس فى بعض العروق عن الخروج بعد الذبح وذا لا يمنع الحل كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا قطع من الية الشاة قطعة أو من فخذها انه لا يحل المبان وان ذبحت الشاة بعد ذلك لان حكم الذكاة لم يثبت فى الجزء المبان وقت الابانة لانعدام ذكاة الشاة لكونها حية وقت الابانة وحال فوات الحياة كان الجزء منفصلا وحكم الذكاة لا يظهر فى الجزء المنفصل وروى ان أهل الجاهلية كانوا يقطعون قطعة من الية الشاة ومن سنام البعير فيأكلونها فلما بعث النبى المكرم عليه الصلاة والسلام نهاهم عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام ما أبين من الحى فهو ميت والجزء المقطوع مبان من حى وبائن منه فيكون ميتا وكذلك اذا قطع ذلك من صيد لم يؤكل المقطوع وان مات الصيد بعد ذلك لما قلنا وقال الشافعى رحمه الله يؤكل اذا مات الصيد بذلك وسنذكر المسئلة ان شاء الله تعالى وان قطع فتعلق العضو بجلده لا يؤكل لان ذلك القدر من التعلق لا يعتبر

فكان وجوده والعدم بمنزلة واحدة وان كان متعلقا باللحم يؤكل الكل لأن العضو المتعلق باللحم من جملة الحيوان وذكاة الحيوان تكون لما اتصل به ولو ضرب صيداً بسيف فقطعه نصفين يؤكل النصفان عندنا جميعا وهو قول ابراهيم النخعي لانه وجد قطع الاوداج لكونها متصلة من القلب بالدماغ فأشبه الذبح فيؤكل الكل وان قطع أقل من النصف فان كان مما يلي العجز لا يؤكل المبان عندنا وقال الشافعي يؤكل (وجه) قوله ان الجرح في الصيد اذا اتصل به الموت فهو ذكاة اضطرارية وانها سبب الحل كالذبح (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام ما أبين من الحي فهو ميت والمقطوع مبان من الحي فيكون ميتاً وأما قوله ان الجرح الذي اتصل به الموت ذكاة في الصيد فنعم لكن حال فوات الحياة عن المحل وعند الابانة المحل كان حياً فلم يقع الفعل ذكاة له وعند ما صار ذكاة كان الجزء منفصلا وحكم الذكاة لا يلحق الجزء المنفصل وان كان مما يلي الرأس يؤكل الكل لوجود قطع الاوداج فكان الفعل حال وجوده ذكاة حقيقة فيحل به الكل وان ضرب رأس صيد فأبانه نصفين طولا أو عرضا يؤكل كله في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال لا يؤكل النصف البائن ويؤكل ما بقي من الصيد والاصل فيه ما ذكرنا أن الاوداج متصلة بالدماغ فتصير مقطوعة بقطع الرأس وكان أبو يوسف على هذا ثم ظن انها لا تكون الا فيما يلي البدن من الرأس وان كان المبان أكثر من النصف فكذلك يؤكل الكل لانه اذا قطع العروق فلم يكن ذلك ذبحاً بل كان جرحا وأنه لا يبيح المبان لما ذكرنا (وأما) شرائط ركن الذكاة فأنواع بعضها يعم نوعى الذكاة الاختيارية والاضطرارية وبعضها يخص أحدهما دون الآخر أما الذي يعمهما فمنها أن يكون عاقلا فلا تؤكل ذبيحة المجنون والصبي الذي لا يعقل والسكران الذي لا يعقل لما نذكر ان القصد الى التسمية عند الذبح شرط ولا يتحقق القصد الصحيح ممن لا يعقل فان كان الصبي يعقل الذبح ويقدر عليه تؤكل ذبيحته وكذا السكران (ومنها) أن يكون مسلماً أو كتابياً فلا تؤكل ذبيحة أهل الشرك والمجوسي والوثني وذبيحة المرتد أما ذبيحة أهل الشرك فلقوله تعالى وما أهل لغير الله وقوله عز وجل وما ذبح على النصب أي للنصب وهي الاصنام التي يعبدونها وأما ذبيحة المجوس فلقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولان ذكر اسم الله تعالى على الذبيحة من شرائط الحل عندنا لما نذكر ولم يوجد وأما المرتد فلانه لا يقر على الدين الذي انتقل اليه فكان كالوثني الذي لا يقر على دينه ولو كان المرتد غلاما مراهقاً لا تؤكل ذبيحته عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تؤكل بناء على أن ردته صحيحة عندهما وعنده لا تصح وتؤكل ذبيحة أهل الكتاب لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد منه ذبائحهم اذ لو لم يكن المراد ذلك لم يكن للتخصيص بأهل الكتاب معنى لان غير الذبائح من أطعمة الكفرة مأكول ولان مطلق اسم الطعام يقع على الذبائح كما يقع على غيرها لانه اسم لما يتطعم والذبائح مما يتطعم فيدخل تحت اطلاق اسم الطعام فيحل لنا أكلها ويستوى فيه أهل الحرب منهم وغيرهم لعموم الآية الكريمة وكذا يستوى فيه نصارى بني تغلب وغيرهم لانهم على دين النصارى الا أنهم نصارى العرب فيتناولهم عموم الآية الشريفة وقال سيدنا على رضي الله عنه لا تؤكل ذبائح نصارى العرب لانهم ليسوا بأهل الكتاب وقرأ قوله عز شأنه ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب الا أماني وقال ابن عباس رضي الله عنهما تؤكل وقرأ قوله عز وجل ومن يتولهم منكم فانه منهم والآية الكريمة التي تلاها سيدنا على رضي الله عنه دليل على انهم من أهل الكتاب لانه قال عز وجل ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب أي من أهل الكتاب وكلمة من للتبعيض الا أنهم يخالفون غيرهم من النصارى في بعض شرائعهم وذا لا يخرجهم عن كونهم نصارى كسائر النصارى فان انتقل الكتابي الى دين أهل الكتاب من الكفرة لا تؤكل ذبيحته لان المسلم لو انتقل الى ذلك الدين لا تؤكل ذبيحته فالكتابي أولى ولو انتقل غير الكتابي من الكفرة الى دين أهل الكتاب تؤكل ذبيحته والاصل انه ينظر الى حاله ودينه فيه انه ينظر الى حاله ودينه وقت ذبيحته دون ما سواه وهذا أصل أصحابنا ان من انتقل من ملة يقر عليها يجعل كانه من أهل تلك الملة من الاصل على ما ذكرنا في كتاب

النكاح والمولود بين كتابى وغير كتابى تؤكل ذبيحته أيهما كان الكتابى الاب أو الام عندنا وقال مالك يعتبر الاب فان كان كتابياً تؤكل والا فلا وقال الشافعي لا تؤكل ذبيحته رأساً والصحيح قولنا لان جعل الولد تبعاً للكتابى منهما أولى لانه خيرهما ديناً بالنسبة فكان باتباعه اياه أولى وأما الصابئون فتؤكل ذبائحهم فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعند أبى يوسف ومحمد لا تؤكل واختلاف الجواب لاختلاف تفسيرهم فى الصابئين انهم ممن هم وقد ذكرنا ذلك فى كتاب النكاح ثم انما تؤكل ذبيحة الكتابى اذا لم يشهد ذبحه ولم يسمع منه شئ أو سمع وشهد منه تسمية الله تعالى وحده لانه اذا لم يسمع منه شيأ يحمل على أنه قد سمى الله تبارك وتعالى وجرد التسمية تحسينا للظن به كما بالمسلم ولو سمع منه ذكر اسم الله تعالى لكنه عنى بالله عز وجل المسيح عليه الصلاة والسلام قالوا تؤكل لانه أظهر تسمية هى تسمية المسلمين الا اذا نص فقال بسم الله الذى هو ثالث ثلاثة فلا تحل وقد روى عن سيدنا على رضى الله عنه انه سئل عن ذبائح أهل الكتاب وهم يقولون ما يقولون فقال رضى الله عنه قد أحل الله ذبائحهم وهو يعلم ما يقولون فاما اذا سمع منه أنه سمى المسيح عليه الصلاة والسلام وحده أو سمى الله سبحانه وتعالى وسمى المسيح لا تؤكل ذبيحته كذا روى سيدنا على رضى الله عنه ولم يروعنه غيره خلافه فيكون اجماعا ولقوله عز وجل وما أهل لغير الله وهذا أهل لغير الله عز وجل به فلا يؤكل ومن أكلت ذبيحته ممن ذكرنا أكل صيده الذى صاده بالسهم أو بالجوارح ومن لا فلا لان أهلية المذكى شرط فى نوعى الذكاة الاختيارية والاضطرارية جميعاً (ومنها) التسمية حالة الذكر عندنا وعند الشافعي ليست بشرط أصلا وقال مالك رحمه الله انها شرط حالة الذكر والسهو حتى لا يحل متروك التسمية ناسياً عنده والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فانه احتج بقوله تبارك وتعالى قل لا اجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة أودما مسفوحا أو لحم خنزير أمر النبى عليه الصلاة والسلام ان يقول انه لا يجد فيما أوحى اليه محرما سوى الاشياء الثلاثة ومتروك التسمية لم يدخل فيها فلا يكون محرما ولا يقال يحتمل انه لم يكن المحرم وقت نزول الآية الكريمة سوى المذكور فيها ثم حرم بعد ذلك متروك التسمية بقوله عز وجل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لانه قيل ان سورة الانعام نزلت جملة واحدة ولو كان متروك التسمية محرما لكان واجداله فيجب ان يستثنيه كما استثنى الاشياء الثلاثة (ولنا) قوله عز وجل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق والاستدلال بالآية من وجهين أحدهما ان مطلق النهى للتحريم فى حق العمل والثانى انه سمى اكل مالم يذكر اسم الله عليه فسقا بقوله عز وجل وانه لفسق ولا فسق الا بارتكاب المحرم ولا تحمل الاعلى الميتة وذبائح أهل الشرك بقول بعض اهل التأويل فى سبب نزول الآية الكريمة لان العام لا يخص بالسبب عندنا بل يعمل بعموم اللفظ لما عرف فى أصول الفقه مع ما ان الحمل على ذلك حمل على التكرار لان حرمة الميتة وذبائح أهل الشرك ثبتت بنصوص أخر وهى قوله عز وجل حرمت عليكم الميتة وقوله عز وجل وما أهل لغير الله به وقوله عز وجل وماذبح على النصب فالحمل على ماقاله يكون حملا على ماقلنا و يكون حملا على فائدة جديدة فكان أولى وقوله عز وجل فاذكروا اسم الله عليها صواف ومطلق الامر للوجوب فى حق العمل ولو لم يكن شرطا لما وجب وروى الشعبى عن عدى بن حاتم رضى الله عنهما قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد الكلب فقال ما أمسك عليك ولم يأكل منه فكله فان أخذه ذكاته فان وجدت عند كلبك غيره فحسبت أن يكون أخذه معه وقد قتله فلا تأكل لانك انما ذكرت اسم الله تعالى على كلبك ولم تذكره على كلب غيرك نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن الاكل وعلل بترك التسمية فدل انها شرط (وأما) الآية الكريمة ففيها انه كان يجد وقت نزول الآية الشريفة محرما سوى المذكور فيها فاحتمل انه كان كذلك وقت نزول الآية الشريفة ووجد تحريم متروك التسمية بعد ذلك لما تلونا كما كان لا يجد تحريم كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير وتحريم الحمار والبغل عند نزولها ثم وجد بعد ذلك بوحى متلو أو غير متلو على ماذكرنا (وأما) ما يروى ان سورة الانعام نزلت كلها جملة واحدة فروى على طريق الآحاد فلا يقبل

فی إبطال حرمة ثبتت بالکتاب علی ان المذکور فیها من جملة المستثنی المیتة فما الدلیل علی ان متروک التسمیة عمدا لیس بمیتة بل هو میتة عند نا مع انه لا یجد فیما أوحی الیه محرما سوی المذکور ونحن لا نطلق اسم المحرم علی متروک التسمیة اذ المحرم المطلق ما ثبتت حرمته بدلیل مقطوع به ولم یوجد ذلک فی محل الاجتهاد اذا کان الاختلاف بین أهل الدیانة وانما نسمیه مکروها أو محرما فی حق الاعتقاد قطعا علی طریق التعیین بل علی الابهام ان ما أراد الله عز وجل من هذا النهی فهو حق لکنا نمتنع عن أکله احتیاطا وهو تفسیر الحرمة فی حق العمل (وأما) الکلام مع مالک رحمه الله فهو احتج بعموم قوله تبارک وتعالی ولا تأکلوا مما لم یذکر اسم الله علیه من غیر فصل بین العمد والسهو ولان التسمیة لما کانت واجبة حالة العمد فکذا حالة النسیان لان النسیان لا یمنع الوجوب والحظر کالخطأ حتی کان الناسی والخاطئ جائز المؤاخذة عقلا ولهذا استوی العمد والسهو فی ترک تکبیرة الافتتاح والطهارة وغیرها من الشرائط والکلام فی الصلاة عمدا او سهوا عندکم کذا ههنا (ولنا) ما روی عن راشد بن سعد عن النبی علیه الصلاة والسلام انه قال ذبیحة المسلم حلال سمی أو لم یسم ما لم یتعمد وهذا نص فی الباب وأما الآیة فلا تتناول متروک التسمیة لوجهین أحدهما أنه قال عز وجل وانه لفسق أی ترک التسمیة عند الذبح فسق وترک التسمیة سهوا لا یکون فسقا وکذا کل متروک التسمیة سهوا لا یلحقه سمة الفسق لان المسئلة اجتهادیة وفیها اختلاف الصحابة فدل ان المراد من الآیة الکریمة متروک التسمیة عمدا لا سهوا والثانی ان الناسی لم یترک التسمیة بل ذکر اسم الله عز وجل والذکر قد یکون باللسان وقد یکون بالقلب قال الله تعالی ولا تطع من اغفلنا قلبه عن ذکرنا والناسی ذاکر بقلبه لما روی عن ابن عباس رضی الله عنهما أنه سئل عن رجل ذبح ونسی أن یذکر اسم الله علیه فقال رضی الله عنه اسم الله عز وجل فی قلب کل مسلم فلیأکل وعنه فی روایة أخری قال ان المسلم ذکر الله فی قلبه وقال کما لا ینفع الاسم فی الشرک لا یضر النسیان فی الاسلام وعنه رضی الله عنه فی روایة أخری قال فی المسلم اسم الله تعالی فاذا ذبح ونسی ان یسمی فکل واذا ذبح المجوسی وذکر اسم الله تعالی فلا تطعمه وعن سیدنا علی رضی الله عنه سئل عن هذا فقال انما هی علة المسئلة فثبت ان الناسی ذاکر فکانت ذبیحته مذکورا التسمیة فلا تتناولها الآیة الکریمة وأما قوله ان النسیان لا یدفع التکلیف ولا یدفع الحظر حتی لم یجعل عذرا فی بعض المواضع علی ما ضرب من الامثلة فنقول النسیان جعل عذرا مانعا من التکلیف والمؤاخذة فیما یغلب وجوده ولم یجعل عذرا فیما لا یغلب وجوده لانه لو لم یجعل عذرا فیما یغلب وجوده لوقع الناس فی الحرج والحرج مدفوع والاصل فیه ان من لم یعود نفسه فعلا یعذر فی ترکه واشتغاله بضده سهوا لان حفظ النفس عن العادة التی هی طبیعة خامسة خطب صعب وأمر أمر فیکون النسیان فیه غالب الوجود فلو لم یعذر للحقه الحرج ولیس کذلک اذا لم یعود نفسه مثاله ان الاکل والشرب من الصائم سهوا جعل عذرا فی الشرع حتی لا یفسد صومه لانه عود نفسه ذلک ولم یعود ها ضده وهو الکف عن الاکل والشرب ولم یجعل ذلک عذرا فی المصلی لانه لم یعود نفسه ذلک فی کل زمان بل فی وقت معهود وهو الغداة والعشی خصوصا فی حال الصلاة التی تخالف أوقات الاکل والشرب فکان الاکل والشرب فیها فی غایة الندرة فلم یجعل عذرا والکلام فی الصلاة من هذا القبیل لان حالة الصلاة تمنع من ذلک عادة فکان النسیان فیها نادرا فلم یجعل عذرا وکذلک ترک تکبیرة الافتتاح سهوا لان الشروع فی الصلاة یکون بها وترکها سهوا عند تصمیم العزم علی الشروع فیها مما یندر فلم یعذر وکذا ترک الطهارة عند حضور وقت الصلاة سهوا لان المسلم علی استعداد الصلاة عند هجوم وقتها عادة فالشروع فی الصلاة من غیر طهارة سهوا یکون نادرا فلا یعذر ویلحق بالعدم فأما ذکر اسم الله تعالی فأمر لم یعوده الذابح نفسه لان الذبح علی مجری العادة یکون من القصابین ومن الصبیان الذین لم یعودوا أنفسهم ذکر الله عز وجل فترک التسمیة منهم سهوا لا یندر وجوده بل یغلب فجعل عذرا دفعا للحرج فهو الفرق بین هذه الجملة والله سبحانه وتعالی هو الموفق واذا ثبت ان التسمیة حالة الذکر من شرائط الحل عندنا فبعد ذلک یقع الکلام فی بیان رکن التسمیة وفی بیان شرائط الرکن وفی بیان وقت التسمیة أما رکنها فذکر اسم الله عز وجل أی اسم کان

لقوله تبارك وتعالى فكلوا مما ذكر اسم الله عليه ان كنتم بآياته مؤمنين وما لكم أن لا تأكلوا مما ذكر اسم الله من غير فصل بين اسم واسم وقوله عز شأنه ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لانه اذا ذكر اسما من أسماء الله تبارك وتعالى لم يكن المأكول مما لم يذكر اسم الله عليه فلم يكن محرما وسواء قرن بالاسم الصفة بان قال الله أكبر الله أجل الله أعظم الله الرحمن الله الرحيم ونحو ذلك اولم يقرن بأن قال الله أو الرحمن أو الرحيم أو غير ذلك لانه المشروط بالآية عز شأنه وقد وجد وكذا في حديث عدى بن حاتم رضى الله عنهما اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل من غير فصل بين اسم واسم وكذا التهليل والتحميد والتسبيح سواء كان جاهلا بالتسمية المعهودة أو عالما بها لما قلنا وهذا ظاهر على أصل أبى حنيفة ومحمد رضى الله عنهما فى تكبيرة الافتتاح انه يصير شارعا فى الصلاة بلا إله إلا الله أو الحمد لله أو سبحان الله فههنا أولى وأما على أصل أبى يوسف رحمه الله فلا يصير شارعا بهذه الالفاظ وتصح بها عنده فيحتاج هو الى الفرق والفرق له أن الشرع ما ورد هناك الا بلفظ التكبير وههنا ورد بذكر اسم الله تعالى وسواء كانت التسمية بالعربية أو بالفارسية أو أى لسان كان وهو لا يحسن العربية أو يحسنها كذا روى بشر عن أبى يوسف رحمهما الله لو أن رجلا سمى على الذبيحة بالرومية أو بالفارسية وهو يحسن العربية أو لا يحسنها أجزأه ذلك عن التسمية لان الشرط فى الكتاب العزيز والسنة ذكر اسم الله تعالى مطلقا عن العربية والفارسية وهذا ظاهر على أصل أبى حنيفة رحمه الله فى اعتباره المعنى دون اللفظ فى تكبيرة الافتتاح فيستوى فى الذبح الكبيرة العربية والعجمية من طريق الاولى فأما على أصلهما فهما يحتاجان الى الفرق بين التكبير والتسمية حيث قالا فى التسمية انها جائزة بالعجمية سواء كان يحسن العربية أو لا يحسن وفى التكبير لا يجوز بالعجمية الا اذا كان لا يحسن العربية لان المشروط ههنا ذكر اسم الله تعالى وانه يوجد بكل لسان والشرط هناك لفظة التكبير لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ويستقبل القبلة ويقول الله أكبر نفى عليه الصلاة والسلام القبول بدون لفظ التكبير ولا يوجد ذلك بغير لفظ العربية وأما شرائط الركن فمنها أن تكون التسمية من الذابح حتى لو سمى غيره والذابح ساكت وهو ذاكر غير ناس لا يحل لان المراد من قوله تبارك وتعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه أى لم يذكر اسم الله عليه من الذابح فكانت مشروطة فيه (ومنها) أن يريد بها التسمية على الذبيحة فان من أراد بها التسمية لافتتاح العمل لا يحل لان الله سبحانه وتعالى أمر بذكر اسم الله تعالى عليه فى الآيات الكريمة ولا يكون ذكر اسم الله عليه الا وأن يراد بها التسمية على الذبيحة وعلى هذا اذا قال الحمد لله ولم يرد به الحمد على سبيل الشكر لا يحل وكذا لو سبح أو هلل أو كبر ولم يرد به التسمية على الذبيحة وانما أراد به وصفه بالوحدانية والتنزه عن صفات الحدوث لا غير لا يحل لما قلنا (ومنها) تجريد اسم الله سبحانه وتعالى عن اسم غيره وان كان اسم النبى عليه الصلاة والسلام حتى لو قال بسم الله واسم الرسول لا يحل لقوله تعالى وما أهل لغير الله به وقول النبى عليه الصلاة والسلام موطنان لا أذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح وقول عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما جردوا التسمية عند الذبح ولان المشركين يذكرون مع الله سبحانه وتعالى غيره فتجب مخالفتهم بالتجريد ولو قال بسم الله ومحمد رسول الله فان قال ومحمد بالجر لا يحل لانه أشرك فى اسم الله عز شأنه اسم غيره وان قال محمد بالرفع يحل لانه لم يعطفه بل استأنف فلم يوجد الاشراك الا انه يكره لوجود الوصل من حيث الصورة فيتصور بصورة الحرام فيكره وان قال ومحمدا بالنصب اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يحل لانه ما عطف بل استأنف الا انه أخطأ فى الاعراب وقال بعضهم لا يحل لان انتصابه بنزع الحرف الخافض كانه قال وبمحمد فيتحقق الاشراك فلا يحل هذا اذا ذكر الواو فان لم يذكر بأن قال بسم الله محمد رسول الله فانه يحل كيفما كان لعدم الشركة (ومنها) أن يقصد بذكر اسم الله تعالى تعظيمه على الخلوص ولا يشوبه معنى الدعاء حتى لو قال اللهم اغفر لى لم يكن ذلك تسمية لانه دعاء والدعاء لا يقصد به التعظيم المحض فلا يكون تسمية كما لا يكون تكبيرا وفى قوله اللهم اختلف المشايخ كما فى التكبير (أما) وقت التسمية فوقتها فى الذكاة الاختيارية وقت الذبح لا يجوز تقديمها عليه الا بزمان قليل لا يمكن

التحرز عنه لقوله تبارك وتعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله تعالى عليه والذبح مضمر فيه معناه ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله تعالى عليه من الذبائح ولا يتحقق ذكر اسم الله تعالى على الذبيحة الا وقت الذبح وكذا قيل في تأويل الآيتين الاخريين أن الذبح مضمر فيهما أي فكلوا مما ذبح بذكر اسم الله عليه ومالكم ألا تأكلوا مما ذبح بذكر اسم الله تعالى عليه فكان وقت التسمية الاختيارية وقت الذبح (وأما) الذكاة الاضطرارية فوقتها وقت الرمي والارسال لا وقت الاصابة لقول النبي عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم رضي الله عنه حين سأله عن صيد المعراض والكلب اذا رميت بالمعراض وذكرت اسم الله عليه فكل وان أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وقوله عليه أي على المعراض والكلب ولا تقع التسمية على السهم والكلب الا عند الرمي والارسال فكان وقت التسمية فيهما هو وقت الرمي والارسال والمعنى هكذا يقتضي وهو أن التسمية شرط والشرائط يعتبر وجودها حال وجود الركن لان عند وجودها يصير الركن علة كما في سائر الاركان مع شرائطها هو المذهب الصحيح على ما عرف في أصول الفقه والركن في الذكاة الاختيارية هو الذبح وفي الاضطرارية هو الجرح وذلك مضاف الى الرامي والمرسل وانما السهم والكلب آلة الجرح والفعل يضاف الى مستعمل الآلة لا الى الآلة لذلك اعتبر وجود التسمية وقت الذبح والجرح وهو وقت الرمي والارسال ولا يعتبر وقت الاصابة في الذكاة الاضطرارية لان الاصابة ليست من صنع العبد لا مباشرة ولا سبباً بل محض صنع الله عز وجل يعني به مصنوعه هو مذهب أهل السنة والجماعة وهي المسئلة المعروفة بالمتولدات وهذا لان فعل العبد لا بد وأن يكون مقدوراً للعبد ومقدوراً لعبد ما يقوم بمحل قدرته وهو نفسه وذلك هو الرمي السابق والارسال السابق فتعتبر التسمية عندهما على أن الاصابة قد تكون وقد لا تكون فلا يمكن ايقاع التسمية عليها وعلى هذا يخرج ماروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى انه قال لو أن رجلا اضجع شاة ليذبحها وسمى ثم بدا له فأرسلها وأضجع أخرى فذبحها بتلك التسمية لم يجزه ذلك ولا تؤكل لعدم التسمية على الذبيحة عند الذبح ولو رمى صيداً فسمى فأخطأ وأصاب آخر فقتله فلا بأس بأكله وكذلك اذا أرسل كلباً على صيد فأخطأ فأخذ غير الذي أرسله عليه فقتله لوجود التسمية على السهم والكلب عند الرمي والارسال وذكر في الاصل أرأيت الذابح يذبح الشاتين والثلاثة فيسمى على الاولى ويدع التسمية على غير ذلك عمداً قال يأكل الشاة التي سمى عليها ولا يأكل ماسوى ذلك لما بينا ولو أضجع شاة ليذبحها وسمى عليها ثم ألقى السكين وأخذ سكينا آخر فذبح به يؤكل لان التسمية في الذكاة الاختيارية تقع على المذبوح لا على الآلة والمذبوح واحد فلا يعتبر اختلاف الآلة بخلاف ما اذا سمى على سهم ثم رمى بغيره انه لا يؤكل لان التسمية في الذكاة الاضطرارية تقع على السهم لا على المرمى اليه وقد اختلف السهم فالتسمية على أحدهما لا تكون تسمية على الآخر ولو أضجع شاة ليذبحها وسمى عليها فكلمه انسان فأجابه أو استسقى ماء فشرب أو أخذ السكين فان كان قليلا ولم يكثر ذلك منه ثم ذبح على تلك التسمية تؤكل وان تحدث وأطال الحديث أو أخذ في عمل آخر أو حد شفرته أو كانت الشاة قائمة فصرعها ثم ذبح لا تؤكل لان زمان ما بين التسمية والذبح اذا كان يسيرا لا يعتد به لانه لا يمكن التحرز عنه فيلحق بالعدم ويجعل كانه سمى مع الذبح واذا كان طويلا يقع فاصلا بين التسمية والذبح فيصير كانه سمى في يوم وذبح في يوم آخر فلم توجد التسمية عند الذبح متصلة به ولو سمى ثم انقلبت الشاة وقامت من مضجعها ثم أعادها الى مضجعها فقد انقطعت التسمية وعلى هذا يخرج ما اذا رمى صيداً أو لم يسم متعمداً ثم سمى بعد ذلك أو أرسل كلباً وترك التسمية متعمدا فلما مضى الكلب في تبع الصيد سمى أنه لا يؤكل لان التسمية لم توجد وقت الرمي والارسال وكذا لو مضى الكلب الى الصيد فزجره وسمى وانزجر بزجره انه لا يؤكل أيضا وفرق بين هذا وبين ما اذا اتبع الكلب الصيد بنفسه من غير أن يرسله أحد ثم زجره مسلم انه ان انزجر بزجره فأخذ الصيد فقتله يؤكل وان لم ينزجر لا يؤكل (ووجه) الفرق نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو رمى أو أرسل وهو مسلم ثم ارتد أو كان حلالا فأحرم قبل الاصابة وأخذ الصيد يحل ولو كان مرتداً ثم أسلم وسمى لا يحل لان المعتبر وقت الرمي

والارسال كما بينا فتراعى الاهلية عند ذلك وعلى هذا الاصل ينبنى شرط تعيين المحل بالتسمية فى الذكاة الاختيارية وهو بيان القسم الثانى من الشرائط التى تخص أحد النوعين دون الآخر وهى أنواع يرجع بعضها الى المذكى و بعضها يرجع الى محل الذكاة و بعضها يرجع الى آلة الذكاة أما الذى يرجع الى المذكى فهو أن يكون حلالا وهذا فى الذكاة الاضطرارية دون الاختيارية حتى ان المحرم اذا قتل صيد البر وسمى لا يؤكل لانه ممنوع عن قتل الصيد لحق الاحرام لقوله تبارك وتعالى ياأيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم أى وأنتم محرمون وقوله جل شأنه أحلت لكم بهيمة الانعام الا ما يتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم معناه والله سبحانه وتعالى أعلم أحلت لكم بهيمة الانعام والصيد الا ما يتلى عليكم من الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره غير محلى الصيد وأنتم حرم لانه استثنى سبحانه وتعالى الصيد بقوله تبارك وتعالى غير محلى الصيد وانما يستثنى الشئ من الجملة المذكورة فجعل مذكورا بطريق الاضمار والاستثناء من الاباحة تحريم فكان اصطياد المحرم محرما فكان صيده ميتة كصيد المجوسى سواء اصطاد بنفسه أو اصطيد له بأمره لان ما صيد له بأمره فهو صيده معنى وتحل ذبيحة المستأنس لان التحريم خص بالصيد فبقى غيره على عموم الاباحة و يحل له صيد البحر لقوله تبارك وتعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه وقد مر ذلك وأما الذى يرجع الى محل الذكاة فمنها تعيين المحل بالتسمية فى الذكاة الاختيارية ولا يشترط ذلك فى الذكاة الاضطرارية وهى الرمى والارسال الى الصيد لان الشرط فى الذكاة الاختيارية ذكر اسم الله تبارك وتعالى على الذبيح لما تلونا من الآيات ولا يتحقق ذلك الا بتعيين الذبيح بالتسمية ولان ذكر الله تبارك وتعالى لما كان واجبا فلا بد وأن يكون مقدورا والتعيين فى الصيد ليس بمقدور لان الصائد قد يرمى و يرسل على قطيع من الصيد وقد يرمى و يرسل على حس الصيد فلا يكون التعيين واجبا والمستأمن مقدور فيكون واجبا وعلى هذا يخرج ما اذا ذبح شاة وسمى ثم ذبح شاة أخرى يظن ان التسمية الاولى تجزى عنهما لم تؤكل ولا بد من أن يجدد لكل ذبيحة تسمية على حدة ولو رمى سهما فقتل به من الصيد اثنين لا بأس بذلك وكذلك لو أرسل كلبا أو بازيا وسمى فقتل من الصيد اثنين فلا بأس بذلك لان التسمية تجب عند الفعل وهو الذبح فاذا تجدد الفعل تجدد التسمية فأما الرمى والارسال فهو فعل واحد وان كان يتعدى الى مفعولين فتجزى فيه تسمية واحدة وو زان الصيد من المستأنس مالو أضجع شاتين وأمر السكين عليهما معا انه تجزئ فى ذلك تسمية واحدة كما فى الصيد فان قيل هلا جعل ظنه ان التسمية على الشاة الاولى تجزئ عن الثانية عذرا كنسيان التسمية فالجواب ان هذا ليس من باب النسيان بل من الجهل بحكم الشرع والجهل بحكم الشرع ليس بعذر والنسيان عذر ألا ترى ان من ظن أن الاكل لا يفطر الصائم فأكل بطل صومه ولو أكل ناسيا لا يبطل فان نظر الى جماعة من الصيد فرمى بسهم وسمى وتعمدها ولم يتعمد واحدا بعينه فأصاب منها صيدا فقتله لا بأس بأكله وكذلك الكلب والبازى ولو أن رجلا نظر الى غنمه فقال بسم الله ثم أخذ واحدة فأضجعها وذبحها وترك التسمية عامدا وظن ان تلك التسمية تجزيه لا تؤكل لانه لم يسم عند الذبح والشرط هو التسمية على الذبيحة وذلك بالتسمية عند الذبح نفسه لا عند النظر وتعيين الذبيحة مقدور فيمكن أن يجعل شرطا وتعيين الصيد بالرمى والارسال متعذر لما بينا فلم يمكن أن يجعل شرطا ولو رمى صيدا بعينه أو أرسل الكلب أو البازى على صيد بعينه فأخطأ فأصاب غيره يؤكل وكذا لو رمى ظبيا فأصاب طيرا أو أرسل على ظبى فأخذ طيرا لان التعيين فى الصيد ليس بشرط (ومنها) قيام أصل الحياة فى المستأمن وقت الذبح قلت أو كثرت فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكتفى بقيام أصل الحياة بل تعتبر حياة مقدورة كالشاة المريضة والوقيذة والنطيحة وجريحة السبع اذا لم يبق فيها الا حياة قليلة عرف ذلك بالصياح أو بتحريك الذنب أو طرف العين أو التنفس وأما خروج الدم فلا يدل على الحياة الا اذا كان يخرج كما يخرج من الحى المطلق فاذا ذبحها وفيها قليل حياة على الوجه الذى ذكرنا تؤكل عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعن أبى يوسف روايتان فى ظاهر الرواية عنه انه ان كان يعلم انها لا تعيش مع ذلك فذبحها لا تؤكل وان كان

يعلم

يعلم انها تعيش مع ذلك فذبحها تؤكل وفى رواية قال ان كان لها من الحياة مقدار ما تعيش به أكثر من نصف يوم فذبحها تؤكل والا فلا وقال محمد رحمه الله ان كان لم يبق من حياتها الا قدر حياة المذبوح بعد الذبح أو أقل فذبحها لا تؤكل وان كان أكثر من ذلك تؤكل وذكر الطحاوى قول محمد مفسراً فقال ان على قول محمد ان لم يبق معها الا الاضطراب للموت فذبحها فانها لا تحل وان كانت تعيش مدة كاليوم أو كنصفه حلت (وجه) قولهما انه اذا لم يكن لها حياة مستقرة على الوجه الذى ذكرنا كانت ميتة معنى فلا تلحقها الذكاة كالميتة حقيقة ولابى حنيفة رضى الله عنه قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الى قوله تعالى والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الا ما ذكيتم استثنى سبحانه وتعالى المذكى من الجملة المحرمة والاستثناء من التحريم اباحة وهذه مذكاة لوجود فرى الاوداج مع قيام الحياة فدخلت تحت النص وأما الصيد اذا جرحه السهم أو الكلب فأدركه صاحبه حياً فان ذكاه يؤكل بلا خلاف بين أصحابنا كيف ما كان سواء كانت فيه حياة مستقرة أو لم تكن وخرج الجرح من أن يكون ذكاة فى حقه وصار ذكاته الذبح فى الحياة المستقرة ذكاة مطلقة فيدخل تحت النص وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعلى أصل أبى حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح وقد وجد لوجود أصل الحياة فصار مذكى وعلى أصلهما لا حاجة الى الذبح لانه صار مذكى بالجرح فالذبح بعد ذلك لا يضر ان كان لا ينفع وان لم يذكه وهو قادر على ذبحه فتركه حتى مات فان كانت فيه حياة مستقرة لا يؤكل لان ذكاته تحولت من الجرح الى الذبح فاذا لم يذبح كان ميتة وان كانت حياته غير مستقرة يؤكل عند أبى حنيفة رضى الله عنه وان قلت من غير ذكاة بخلاف المستأنس عنده والفرق له ان الرمى والارسال اذا اتصل به الجرح كان ذكاة فى الصيد فلا تعتبر هذه الحياة بعد وجود الذكاة ولم تتقوم ذكاة فى المستأمن فلا بد من اعتبار هذا القدر من الحياة لتحقق الذكاة وأما عندهما فكذلك لكن على اختلاف تفسيرهما للحياة المستقرة وغير المستقرة على ما ذكرنا فى المستأمن هكذا ذكر عامة المشايخ رحمهم الله وذكر الجصاص رحمه الله وقال يجب أن يكون قول أبى حنيفة رحمه الله فى الصيد مثل قوله فى المستأنس على أن قوله يجب الذبح فى جميع الاحوال لا يحل بدونه سواء كانت الحياة مستقرة أو غير مستقرة وقد ذكرنا وجه الفرق له على قول عامة المشايخ رحمهم الله وان مات قبل أن يقدر على ذبحه لضيق الوقت أو لعدم آلة الذكاة ذكر القدورى عليه الرحمة انه لا يؤكل عندنا وعند محمد بن شجاع البلخى ومحمد بن مقاتل الرازى رحمهما الله يؤكل استحسانا أشار الى أن القول بالحرمة قياس ومن مشايخنا رحمهم الله من جعل جواب الاستحسان مذهبنا أيضا وتركوا القياس (وجه) القياس انه لما ثبتت يده عليه فقد خرج من ان يكون صيدا لزوال معنى الصيد وهو التوحش والامتناع فيزول الحكم المختص بالصيد وهو اعتبار الجرح ذكاة وصار كالشاة اذا مرضت وماتت فى وقت لا يتسع لذبحها انها لا تؤكل كذا هذا (وجه) الاستحسان ان الذبح هو الاصل فى الذكاة وانما يقام الجرح مقامه خلفا عنه وقد وجد شرط بخلافه وهو العجز عن الاصل فيقام الخلف مقامه كما فى سائر الاخلاف مع أصولها وقال أصحابنا رحمهم الله لو جرحه السهم أو الكلب فأدركه لكن لم يأخذه حتى مات فان كان فى وقت لو أخذه يمكنه ذبحه فلم يأخذه حتى مات لم يؤكل لان الذبح صار مقدورا عليه فخرج الجرح من أن يكون ذكاة وان كان لا يمكنه ذبحه أكل لانه اذا لم يأخذه ولا يتمكن من ذبحه لو أخذه بقى ذكاته الجرح السابق ودلت هذه المسألة على أن جواب الاستحسان فى المسألة المتقدمة مذهب أصحابنا جميعا لانه لا فرق بين المسألتين سوى أن هناك أخذ وههنا لم يأخذ وما يصنع بالاخذ اذا لم يقدر على ذكاته وجواب القياس عن هذا ان حقيقة القدرة والتمكن لا عبرة بها لان الناس مختلفون فى ذلك فان منهم من يتمكن من الذبح فى زمان قليل لهدايته فى ذلك ومنهم من لا يتمكن الا فى زمان طويل لقلة هدايته فيه فلا يمكن بناء الحكم على حقيقة القدرة والتمكن فيقام السبب الظاهر وهو ثبوت اليد مقامها كما فى السفر مع المشقة وغير ذلك وذكر ابن سماعة فى نوادره رحمه الله عن أبى يوسف لو أن رجلا قطع شاة نصفين ثم ان رجلا فرى أوداجها والرأس يتحرك أو شق بطنها فأخرج ما فى جوفها وفرى رجل آخر الاوداج فان هذا لا يؤكل لان

الاول قائل وذكر القدوري رحمه الله ان هذا على وجهين ان كانت الضربة مما يلي العجز لم تؤكل الشاة وان كانت مما يلي الرأس أكلت لان العروق المشروطة في الذبح متصلة من القلب الى الدماغ فاذا كانت الضربة مما يلي الرأس فقد قطعها فحلت وان كانت مما يلي العجز فلم يقطعها فلم تحل وأما خروج الدم بعد الذبح فيما لا يحل الا بالذبح فهل هو من شرائط الحل فلا رواية فيه واختلف المشايخ على ماذكرنا فيما تقدم وكذا التحرك بعد الذبح هل هو شرط ثبوت الحل فلا رواية فيه أيضاً عن أصحابنا وذكر في بعض الفتاوى انه لا بد من أحد شيئين اما التحرك واما خروج الدم فان لم يوجد لا يحل كأنه جعل وجود أحدهما بعد الذبح علامة الحياة وقت الذبح فاذا لم يوجد لم تعلم حياته وقت الذبح فلا يحل وقال بعضهم ان علم حياته وقت الذبح بغير التحرك يحل وان لم يتحرك بعد الذبح ولا خرج منه الدم والله أعلم (ومنها) ما يخص الذكاة الاضطرارية وهو أن لا يكون صيد الحرم فان كان لا يؤكل ويكون ميتة سواء كان المذكي محرماً أو حلالاً لان التعرض لصيد الحرم بالقتل والدلالة والاشارة محرم حقاً لله تعالى قال الله تعالى أولم يروا أنا جعلنا حرماً آمنا ويتخطف الناس من حولهم وقال النبي عليه الصلاة والسلام في صفة الحرم ولا ينفر صيده والفعل في المحرم شرعاً لا يكون ذكاة وسواء كان مولده الحرم أو دخل من الحل اليه لانه يضاف الى الحرم في الحالين فيكون صيد الحرم وأما الذي يرجع الى آلة الذكاة (فمنها) أن يكون ما يصطاد به من الجوارح من الحيوانات من ذي الناب من السباع وذي المخلب من الطير معلماً لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح معطوفاً على قوله سبحانه وتعالى يسئلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات أي أحل لكم الطيبات وأحل لكم ما علمتم من الجوارح أي الاصطياد بما علمتم من الجوارح كانهم سألوا النبي عليه الصلاة والسلام عما يحل لهم الاصطياد به من الجوارح أيضاً مع ماذكر في بعض القصة أن النبي عليه الصلاة والسلام لما أمر بقتل الكلاب أتاه ناس فقالوا ماذا يحل لنا من هذه الامة التي أمرت بقتلها فنزل قوله تعالى جل شأنه يسئلونك الآية ففي الآية الكريمة اعتبار الشرطين وهما الجرح والتعليم حيث قال عز شأنه وما علمتم من الجوارح لان الجوارح هي التي تجرح مأخوذ من الجرح وقيل الجوارح الكواسب قال الله عز شأنه ويعلم ما جرحتم بالنهار أي كسبتم والحمل على الاول أولى لانه حمل على المعنيين لانها بالجراحة تكسب وقوله تعالى مكلبين قرئ بالخفض والنصب وقيل بالخفض صاحب الكلب يقال كلاب ومكلب وبالنصب الكلب المعلم وقيل المكلبين بالخفض الكلاب التي يكالبن الصيد أي يأخذنه عن شدة فالكلب هو الاخذ عن شدة ومنه الكلوب للآلة التي يؤخذ بها الحديد وقوله جلت عظمته تعلمونهن أي تعلمونهن ليمسكن الصيد لكم ولا يأكلن منه وهذا حد التعليم في الكلب عندنا على ماذكره ان شاء الله تعالى فدلت الآية الكريمة على أن كون الكلب معلماً شرط لاباحة أكل صيده فلا يباح أكل صيد غير المعلم واذا ثبت هذا الشرط في الكلب بالنص ثبت في كل ما هو في معناه من كل ذي ناب من السباع كالفهد وغيره مما يحتمل التعلم بدلالة النص لان فعل الكلب انما يضاف الى المرسل بالتعليم اذ المعلم هو الذي يعمل لصاحبه فيأخذ لصاحبه ويمسك على صاحبه فكان فعله مضافاً الى صاحبه فأما غير المعلم فانما يعمل لنفسه لا لصاحبه فكان فعله مضافاً اليه لا الى المرسل لذلك شرط كونه معلماً ثم لا بد من معرفة حد التعليم في الجوارح من ذي الناب كالكلب ونحوه وذي المخلب كالبازي ونحوه أما تعليم الكلب فهو انه اذا أرسل اتبع الصيد واذا أخذه أمسكه على صاحبه ولا يأكل منه شيأ وهذا قول عامة العلماء وقال مالك رحمه الله تعليمه أن يتبع الصيد اذا أرسل ويجيب اذا دعي وهو أحد قول الشافعي رحمه الله حتى لو أخذ صيداً فأكل منه لا يؤكل عندنا وعنده يؤكل (وجه) قوله ان كونه معلماً انما شرط للاصطياد فيعتبر حالة الاصطياد وهي حالة الاتباع فأما الامساك على صاحبه وترك الاكل يكون بعد الفراغ عن الاصطياد فلا يعتبر في الحد ولنا الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم في الآية الكريمة اشارة الى أن حد تعليم الكلب وما هو في معناه ما قلنا وهو الامساك على صاحبه وترك الاكل منه لانه شرط التعليم ثم أباح أكل ما أمسك علينا فكان هذا اشارة الى أن

التعليم هو أن يمسك علينا الصيد ولا يأكل منه يقرره ان الله تعالى انما أباح أكل صيد المعلم من الجوارح الممسك على صاحبه ولو لم يكن ترك الاكل من حد التعليم وكان ما أكل منه حلالا لا ستوى فيه المعلم وغير المعلم والممسك على صاحبه وعلى نفسه لان كل كلب يطلب الصيد و يمسه لنفسه حتى يموت ان أرسلت عليه واغريته الا المعلم وأما السنة فما روى عن عدى بن حاتم الطائى أنه قال قلت يارسول الله انا قوم نتصيد بهذه الكلاب والبزاة فما يحل لنا منها فقال عليه الصلاة والسلام يحل لكم ما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن ما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم مما علمتموهن من كلب أو بازوذ كرتم اسم الله عليه قلت فان قتل قال عليه الصلاة والسلام اذا قتله ولم يأكل منه فكل فانما أمسك عليك وان أكل فلا تأكل فانما أمسك على نفسه فقلت يارسول الله أرأيت ان خالط كلابنا كلاب أخرى قال عليه الصلاة والسلام ان خالطت كلابك كلاب أخرى فلا تأكل فانك انما ذكرت اسم الله تعالى على كلبك ولم تذكره على كلب غيرك وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال اذا أكل الكلب من الصيد فليس بمعلم وعنه أيضاً انه قال اذا أكل الكلب فلا تأكل واذا أكل الصقر فكل لان الكلب يستطيع أن تضربه والصقر لا وعن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما أنه قال اذا أكل الكلب من الصيد فلا تأكل واضربه وأما المعقول فمن وجهين أحدهما ان أخذ الصيد وقتله مضاف الى المرسل وانما الكلب آلة الاخذ والقتل وانما يكون مضافا اليه اذا أمسك لصاحبه لا لنفسه لان العامل لنفسه يكون عمله مضافا اليه لا الى غيره والامساك على صاحبه أن يترك الاكل منه وهو حد التعليم والثانى ان تعليم الكلب ونحوه هو تبديل طبعه وفطامه عن العادة المألوفة ولا يتحقق ذلك الا بامساك الصيد لصاحبه وترك الاكل منه لان الكلب ونحوه من السباع من طباعهم انهم اذا أخذوا الصيد فانما يأخذونه لانفسهم ولا يصبرون على أن لا يتناولوا منه فاذا أخذ واحد منهم الصيد ولم يتناول منه دل انه ترك عادته حيث أمسك لصاحبه ولم يأكل منه فاذا أكل منه دل انه على عادته سواء اتبع الصيد اذا أغرى واستجاب اذا دعى أولا لانه ألوف فى الاصل يجيب اذا دعى و يتبع اذا أغرى فلا يصلح ذلك دليلا على تعلمه فثبت أن معنى التعلم لا يتحقق الا بما قلنا وهو أن يمسك الصيد على صاحبه ولا يأكل منه ثم فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رضى الله عنه لا توقيت فى تعليمه انه اذا أخذ صيدا ولم يأكل منه هل يصير معلما أم يحتاج فيه الى التكرار وكان يقول اذا كان معلما فكل كذا ذكر فى الاصل وهكذا روى بشر بن الوليد رحمه الله عن أبى يوسف قال سألت أباحنيفة رحمه الله ماحد تعليم الكلب قال ان يقول أهل العلم بذلك انه معلم وذكر الحسن بن زياد فى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله أنه قال لا يأكل ما يصيد اولا ولا الثانى ولو أكل الثالث وما بعده وابو يوسف ومحمد رحمهما الله قدراه بالثلاث فقالا اذا أخذ صيداً فلم يأكل ثم صاد ثانيا فلم يأكل ثم صاد ثالثا فلم يأكل فهذا معلم فأبو حنيفة رضى الله عنه على الرواية المشهورة عنه انما رجع فى ذلك الى أهل الصناعة ولم يقدر فيه تقديراً لان حال الكلب فى الامساك وترك الاكل يختلف فقد يمسك للتعليم وقد يمسك للشبع ففوض ذلك الى أهل العلم بذلك وعلى الرواية الاخرى جعل أصل التكرار دلالة التعلم لان الشبع لا يتفق فى كل مرة فدل تكرار الترك على التعليم وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قدرا التكرار بثلاث مرات لما أن الثلاث موضوعة لابداء الاعذار أصله قضية سيدنا موسى عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام مع العبد الصالح حيث قال له فى المرة الثالثة ان سألتك على شئ بعدها فلا تصاحبنى قد بلغت من لدنى عذراً وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قال من اتجر فى شئ ثلاث مرات فلم يربح فلينتقل الى غيره ثم اذا صار معلماً فى الظاهر على اختلاف الاقاويل وصاد به صاحبه ثم أكل بعد ذلك فما صاد قبل ذلك لا يؤكل شئ منه ان كان باقياً فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يؤكل كله (وجه) قولهما ان أكل الكلب يحتمل أن يكون لعدم التعلم و يحتمل أن يكون مع التعلم لفرط الجوع و يحتمل أن يكون للنسيان لان المعلم قد ينسى فلا يحرم ما تقدم من الصيود بالشك والاحتمال ولابى حنيفة رحمه الله ان علامة التعلم لما كانت ترك الاكل فاذا أكل بعد ذلك علم انه لم يكن معلماً وان امساكه لم يكن لصيرورته معلماً بل

لشبعه فى الحال اذ غير المعلم قد يمسكه بشبعه للحال الى وقت الحاجة فاستدللنا بأكله بعد ذلك على ان امساكه فى الوقت الذى قبله كان على غير حقيقة التعلم أو يحتمل ذلك فلا تحل مع الاحتمال احتياطا ومن المشايخ من حمل جواب أبى حنيفة رحمه الله على ما اذا كان زمان الاكل قريبا من زمان التعليم لانه اذا كان كذلك فالاكل يدل على عدم التعلم وانه انما ترك الاكل فيما تقدم للشبع لا للتعليم لان المدة القصيرة لا تحتمل النسيان فى مثلها فاذا طالت المدة فيجوز أن يقال انه يؤكل ما بقى من الصيود المتقدمة لانه يحتمل أن يكون الاكل للنسيان لا لعدم التعلم لوجود مدة لا يندر النسيان فى مثلها الا أن ظاهر الرواية عنه مطلق عن هذا التفصيل واطلاق الرواية يقتضى أنه لا يؤكل على كل حال والوجه ماذكرنا وأما قولهم ان النسيان لا يندر عند طول المدة فنقول من تعلم حرفة بتمامها وكمالها فالظاهر انه لا ينساها بالكلية وان طالت مدة عدم الاستعمال لكن ربما يدخلها خلل كصنعة الكتابة والخياطة والرمى اذا تركها صاحبها مدة طويلة فلما أكل وحرفته ترك الاكل دل انه لم يكن تعلم الحرفة من الاصل وانه انما لم يأكل قبل ذلك لا للتعلم بل لشبعه فى الحال فلا تحل صيوده المتقدمة وأما فى المستقبل فلا يحل صيده الا بتعليم مستأنف بلا خلاف فأما على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فلانه تبين بالاكل انه لم يكن معلماً وان ترك الاكل لم يكن للتعلم بل لشبعه للحال وأما على قولهما فلانه يحتمل أن يكون لم يتعلم كما قال أبو حنيفة رحمه الله ويحتمل انه نسى وكيف ما كان لا يحل صيده فى المستقبل الا بتعليم مبتدأ وتعليمه فى الثانى بمنزلة تعليمه فى الاول وقد ذكرنا الاختلاف فيه ولو جرح الكلب الصيد وولغ فى دمه يؤكل لانه قد أمسك الصيد على صاحبه وانما ولغ فيما أمسك على صاحبه لكان لا يأكله صاحبه وذلك من غاية تعلمه حيث تناول الخبيث وأمسك الطيب على صاحبه وذكر فى الاصل فى رجل أرسل كلبه على صيد وهو معلم فأخذ صيدا فقتله وأكل منه ثم اتبع آخر فقتله ولم يأكل منه قال لا يؤكل واحد منهما لانه لما أكل دل على عدم التعلم أو على النسيان فلا يحل صيده بعد ذلك فان أخذ الكلب المعلم صيدا فأخذه منه صاحبه وأخذ صاحب الكلب من الصيد قطعة فالقاها الى الكلب فأكلها الكلب فهو على تعلمه لان ترك الاكل انما يعتبر حال أخذه الصيد فأكله باطعام صاحبه بعد الاخذ لا يقدح فى التعلم مع ما ان من عادة الصائد بالكلب انه اذا أخذ الكلب الصيد أن يطعمه من لحمه ترغيباً له على الصيد فلا يكون أكله باطعامه دليلا على عدم التعلم وكذلك لو كان صاحب الكلب أخذ الصيد من الكلب ثم وثب الكلب على الصيد فأخذ منه قطعة فأكلها وهو فى يد صاحبه فانه على تعلمه لان الاكل بعد ثبوت يد الآدمى عليه بمنزلة الاكل من غيره فلا يقدح فى التعليم وكذلك قالوا لو سرق الكلب من الصيد بعد دفعه الى صاحبه لانه انما يفعل ذلك للجوع لان هذا الاكل لم يدخل فى التعليم وان أرسل الكلب المعلم على صيد فتبعه فنهشه فقطع منه قطعة فأكلها ثم أخذ الصيد بعد ذلك فقتله ولم يأكل منه شيأ لا يؤكل لان الاكل منه فى حال الاصطياد دليل على عدم التعلم فان نهشه فألقى منه بضعة والصيد حى ثم اتبع الصيد بعد ذلك فأخذه فقتله ولم يأكل منه شيأ يؤكل لانه لم يوجد منه ما يدل على عدم التعليم لانه انما قطع قطعة منه ليثخنه فيتوصل به الى أخذه فكان بمنزلة الجرح وان أخذ صاحب الكلب الصيد من الكلب بعد ما قطعه ثم رجع الكلب بعد ذلك فمر بتلك القطعة فأكلها يؤكل صيده لانه لو أكل من نفس الصيد فى هذه الحالة لا يضر فاذا أكل مما بان منه أولى وان اتبع الصيد فنهشه فأخذ منه بضعة فأكلها وهو حى فانفلت الصيد منه ثم أخذ الكلب صيدا آخر فى فوره فقتله ولم يأكل منه ذكر فى الاصل وقال أكره أكله لان الاكل فى حالة الاصطياد يدل على عدم التعليم فلا يؤكل ما اصطاده بعده والله تعالى عز شأنه أعلم وأما تعليم ذى المخلب كالبازى ونحوه فهو أن يجيب صاحبه اذا دعاه ولا يشترط فيه الامساك على صاحبه حتى لو أخذ الصيد فأكل منه فلا بأس بأكل صيده بخلاف الكلب ونحوه والفرق من وجوه أحدها ان التعلم بترك العادة والطبع والبازى من عادته التوحش من الناس والتنفر منهم بطبعه فالفه بالناس واجابته صاحبه اذا دعاه يكفى دليلا على تعلمه بخلاف الكلب فانه ألوف بطبعه يألف بالناس ولا يتوحش منهم فلا يكفى هذا القدر دليل التعلم فى حقه فلابد من زيادة أمر وهو ترك

الاكل

الاكل والثاني ان البازي انما يعلم بالاكل فلا يحتمل أن يخرج بالاكل عن حد التعلم بخلاف الكلب والثالث ان الكلب يمكن تعليمه بترك الاكل بالضرب لان جثته تتحمل الضرب والبازي لا لان جثته لا تتحمل وقد روي عن سيدنا علي وابن عباس وسلمان الفارسي رضي الله عنهم انهم قالوا اذا أكل الصقر فكل وان أكل الكلب فلا تأكل ومنها الارسال او الزجر عند عدمه على وجه ينزجر بالزجر فيما يحتمل ذلك وهو الكلب وما في معناه حتى لو ترسل بنفسه ولم يزجره صاحبه فيما ينزجر بالزجر لا يحل صيده الذي قتله لان الارسال في صيد الجوارح أصل ليكون القتل والجرح مضافا الى المرسل الا أن عند عدمه يقام الزجر مقام الانزجار فيما يحتمل قيام ذلك مقامه فاذا لم يوجد فلا تثبت الاضافة فلا يحل ولو أرسل مسلم كلبه وسمى فزجره مجوسي فانزجر يؤكل صيده ولو ارسل مجوسي كلبه فزجره مسلم فانزجر لا يؤكل صيده وكذلك لو أرسل مسلم كلبه وترك التسمية عمدا فاتبع الصيد ثم زجره فانزجر لا يؤكل صيده ولو لم يرسله أحد وانبعث بنفسه فاتبع الصيد فزجره مسلم وسمى فانزجر يؤكل صيده وان لم ينزجر لا يؤكل وانما كان كذلك لان الارسال هو الاصل والزجر كالخلف عنه والخلف يعتبر حال عدم الاصل لا حال وجوده ففي المسائل الثلاث وجد الاصل فلا يعتبر الخلف الا أن في المسئلة الاولى المرسل من أهل الارسال فيؤكل صيده وفي المسئلة الثانية لا فلا يؤكل وفي المسئلة الرابعة لم يوجد الاصل فيعتبر الخلف فيؤكل صيده ان انزجر وان لم ينزجر لا يؤكل لان الزجر بدون الانزجار لا يصلح خلفا عن الارسال فكان ملحقا بالعدم فيصير كانه يرسل بنفسه من غير ارسال ولا زجر ولو أرسله مسلم وسمى وزجره رجل ولم يسم على زجره فأخذ الصيد وقتله يؤكل لما ذكرنا ان العبرة للارسال فيعتبر وجود التسمية عنده وأصل آخر لتخريج هذه المسائل ما ذكره بعض مشايخنا ان الدلالة لا تعتبر اذا وجد الصريح واذا لم يوجد تعتبر ففي المسائل الثلاث وجد من الكلب صريح الطاعة بالارسال حيث عدا بارساله وانزجاره طاعة للزاجر بطريق الدلالة فلا يعتبر في مقابلة الصريح وفي المسئلة الرابعة لم يوجد الصريح فاعتبرت الدلالة وعلى هذا يخرج بقية المسائل ومنها بقاء الارسال وهو أن يكون أخذ الكلب أو البازي الصيد في حال فور الارسال لا في حال انقطاعه حتى لو أرسل الكلب أو البازي على صيد وسمى فاخذ صيدا أو قتله ثم أخذ آخر على فوره ذلك وقتله ثم وثم يؤكل ذلك كله لان الارسال لم ينقطع فكان الثاني كالاول مع ما بينا ان التعيين ليس بشرط في الصيد لانه لا يمكن فكان أخذ الكلب أو البازي الصيد في فور الارسال كوقوع السهم بصيدين فان أخذ صيدا وجثم عليه طويلا ثم مر به آخر فأخذه وقتله لم يؤكل الا بارسال مستقبل أو بزجره وتسمية على وجه ينزجر فيما يحتمل الزجر لبطلان الفور وكذلك ان ارسل كلبه أو بازه على صيد فعدل عن الصيد يمنة أو يسرة وتشاغل بغير طلب الصيد وفتر عن سننه ذلك ثم تبع صيدا آخر فاخذه وقتله لا يؤكل الا بارسال مستأنف أو أن يزجره صاحبه ويسمى فينزجر فيما يحتمل الزجر لانه لما تشاغل بغير طلب الصيد فقد انقطع حكم الارسال فاذا اصاد صيدا بعد ذلك فقد ترسل بنفسه فلا يحل صيده الا أن يزجره صاحبه فيما يحتمل الزجر لما بينا وان كان الذي أرسل فهدا او الفهد اذا أرسل كمن ولا يتبع حتى يستمكن فيمكث ساعة ثم يأخذ الصيد فيقتله فانه يؤكل وكذلك الكلب اذا أرسل فصنع كما يصنع الفهد فلا بأس بأكل ما صاد لان حكم الارسال لم ينقطع بالكمون لانه انما يكمن ليتمكن من الصيد فكان ذلك من أسباب الاصطياد ووسيلة اليه فلا ينقطع به حكم الارسال كالوثوب والعدو وكذلك البازي اذا أرسل فسقط على شئ ثم طار فاخذ الصيد فانه يؤكل لانه انما يسقط على شئ ليتمكن من الصيد فكان سقوطه بمنزلة كمون الفهد وكذلك الرامي اذا رمى صيدا بسهم فأصابه في سننه ذلك ووجهه أكل لانه اذا مضى في سننه فلم ينقطع حكم الرمي فكان ذهابه بقوة الرامي فكان قتله مضافا اليه فيحل فان أصاب واحدا ثم نفذ الى آخر وآخر أكل الكل لما قلنا مع ما أن تعيين الصيد ليس بشرط فان أمالت الريح السهم الى ناحية أخرى يمينا أو شمالا فاصاب صيدا آخر لم يؤكل لان السهم اذا تحول عن سننه فقد انقطع حكم الرمي فصارت الاصابة بغير فعل الرامي فلا يحل كما لو كان على جبل سيف فالقته الريح على صيد فقتله انه

لا يؤكل كذا هذا فان لم ترده الريح عن وجهه ذلك أكل الصيد لانه اذا مضى فى وجهه كان مضيه بقوة الرامى وانما الريح اعانته ومعونة الريح السهم مما لا يمكن الاحتراز عنه فكان ملحقا بالعدم فان أصابت الريح السهم وهى ريح شديدة فدفعته لكنه لم يتغير عن وجهه فأصاب السهم الصيد فانه يؤكل لانه مضى فى وجهه ومعونة الريح اذا لم تعدل السهم عن وجهه لا يمكن التحرز عنه فلا يعتبر ولو أصاب السهم حائطاً أو صخرة فرجع فاصاب صيدا فانه لا يؤكل لان فعل الرامى انقطع وصارت الاصابة فى غير جهة الرمى فان مر السهم بين الشجر فجعل يصيب الشجر فى ذلك الوجه لكن السهم على سننه فأصاب صيدا فقتله فانه يؤكل فان رده شئ من الشجر يمنة أو يسرة لا يؤكل لما بينا فان مر السهم فخدشه حائط وهو على سننه ذلك فاصاب صيداً فقتله أكل لان فعل الرامى لم ينقطع وانما أصاب السهم الصيد والحائط وذلك لا يمنع الحل وروى عن أبى يوسف رحمه الله ان حكم الارسال لا ينقطع بالتغير عن سننه يمينا وشمالا الا اذا رجع من ورائه ولو أن رجلا رمى بسهم وسمى ثم رمى رجل آخر بسهم وسمى فأصاب السهم الاول السهم الثانى قبل أن يصيب الصيد فرده عن وجهه ذلك فاصاب صيدا فقتله فانه لا يؤكل لانه لما رده السهم الثانى عن سننه انقطع حكم الرمى فلا يتعلق به الحل قال القدورى وهذا محمول على أن الرامى الثانى لم يقصد الاصطياد لان القتل حصل بفعله وهو لم يقصد الاصطياد فلا يحل فاما اذا كان الثانى رمى للاصطياد فيحل أكل الصيد وهو للثانى لانه مات بفعله وان لم يقصده بالرمى وتعيين المرمى اليه ليس بشرط ولو أن رجلين رمى كل واحد منهما صيدا بسهم فاصابا الصيد جميعا ووقعت الرميتان بالصيد معاً فات فانه لهما ويؤكل (أما) حل الاكل فظاهر (وأما) كون الصيد لهما فلانهما اشتركا فى سبب الاستحقاق وتساويا فيه فيتساويان فى الاستحقاق فان أصابه سهم الاول فوقذه ثم أصابه سهم الآخر فقتله قال أبو يوسف رحمه الله يؤكل والصيد للاول وقال زفر رحمه الله لا يؤكل وهذا فرع اختلافهم فى أن المعتبر فى الرمى حال الرمى أو حال الاصابة فعند أصحابنا الثلاثة المعتبر حال الرمى وعند زفر حال الاصابة (ووجه) البناء على هذا الاصل ان المعتبر لما كان حال الرمى عندنا فقد وجد الرمى منهما والصيد ممتنع فلا يتعلق بالسهم الثانى حظر الا ان الملك للاول لان سهمه أخرجه من حيز الامتناع فصار السهم الثانى كانه وقع بصيد مملوك فلا يستحق به شيء فكان الاعتبار بحال الرمى فى حق الحل والاصابة فى حق الملك لان الحل يتعلق بالفعل والملك يتعلق بالمحل ولما كان الاعتبار بحال الاصابة عنده فقد أصابه الثانى والصيد غير ممتنع فصار كمن رمى الى شاة فقتلها (وجه) قول زفر رحمه الله الاعتبار حال الاصابة ان الملك يقف ثبوته على الاصابة فانه لو لم يصب لا يملك فدل ان المعتبر هو وقت الاصابة ولنا أن حال الرمى هو الذى بفعله والتسمية معتبرة عند فعله فكان الاعتبار بحال الرمى وكذلك ان رمى أحدهما بعد الآخر قبل اصابة الاول فهو كرميهما معا فى القولين لان رمى الثانى وجد والصيد ممتنع فصار كما لو رميا معاً فان أصابه سهم الاول ولم يخرجه من الامتناع فأصابه الثانى فقتله فهو للثانى لان الاول اذا لم يخرجه عن حد الامتناع ففعل الاصطياد وجد من الثانى وللاول تسبب فى الصيد فصار كمن أثار صيداً أو أخذه غيره ان الصيد يكون للآخذ لا للمثير كذا هذا وان كان سهم الاول وقذه وأخرجه عن الامتناع ثم أصابه سهم الثانى فهذا على وجوه ان مات من الاول أكل وعلى الثانى ضمان ما نقصته جراحته لان السهم الاول وقع به وهو صيد فاذا قتله حل وقد ملكه الاول بالاصابة فالجراحة الثانية نقص فى ملك الاول فيضمنها الثانى وان مات من الجراحة الثانية لم يؤكل لان الثانى رمى اليه وهو غير ممتنع فصار كالرمى الى الشاة ويضمن الثانى ما نقصته جراحته لانه نقص دخل فى ملك الغير بفعله ثم يضمن قيمته مجروحا بجراحتين لانه أتلف بفعله الا أنه غرم نقصان الجرح الثانى فلا يضمنه ثانياً والجرح الاول نقص حصل بفعل المالك للصيد فلا يضمنه الثانى وان مات من الجراحتين لم يؤكل لان أحد الرميين حاظر والآخر مبيح فالحكم للحاظر احتياطاً والصيد للاول لانفراده بسبب ملكه وهو الجراحة المخرجة له من الامتناع وعلى الثانى للاول نصف قيمته مجروحا بالجراحتين ويضمن نصف ما نقصته الجراحة الثانية لانه مات بفعلهما فسقط نصف

الضمان وثبت نصفه والجراحة الثانية يضمنها الثانى لانها حصلت فى ملك غيره ولانه أتلف على شريكه نصيبه حين أخرجه من الاباحة الى الحظر فيلزمه الضمان وان لم يعلم بأى الجراحتين مات فهو كما لو علم انه مات منهما لان كل واحدة من الجراحتين سبب القتل فى الظاهر والله جل وعز أعلم ولو أرسل كلبا على صيد وسمى فأدرك الكلب الصيد فضربه فوقذه ثم ضربه ثانيا فقتله أكل وكذلك لو أرسل كلبين على صيد فضربه أحدهما فوقذه ثم ضربه الكلب الآخر فقتله فانه يؤكل لان هذا لا يدخل فى تعليم الكلب اذ لا يمكن أن يعلم بترك الجرح بعد الجرح الاول فلا يعتبر فكأنه قتله بجرح واحد ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبه على صيد فضربه كلب أحدهما فوقذه ثم ضربه كلب الآخر فقتله فانه يؤكل لما ذكرنا ان جرح الكلب بعد الجرح مما لا يمكن التحفظ عنه فلا يوجب الحظر فيؤكل ويكون الصيد لصاحب الاول لان جراحة كلبه أخرجته عن حد الامتناع فصار ملكا له فجراحة كلب الثانى لا تزيل ملكه عنه ومنها أن يكون الارسال والرمى على الصيد واليه حتى لو أرسل على غير صيد أو رمى الى غير صيد فأصاب صيدا لا يحل لان الارسال الى غير الصيد والرمى الى غيره لا يكون اصطيادا فلا يكون قتل الصيد وجرحه مضافا الى المرسل والرامى فلا تتعلق به الاباحة وعلى هذا يخرج ما اذا سمع حسا فظنه صيدا فأرسل عليه كلبه أو بازه أو رماه بسهم فأصاب صيدا أو بان له ان الحس الذى سمعه لم يكن حس صيد وانما كان شاة أو بقرة أو آدميا انه لا يؤكل الصيد الذى أصابه فى قولهم جميعا لانه تبين انه أرسل على ما ليس بصيد ورمى الى ما ليس بصيد فلا يتعلق به الحل لما بينا من الفقه وصار كأنه رمى الى آدمى أو شاة أو بقرة وهو يعلم به فأصاب صيدا انه لا يؤكل كذا هذا وان كان الحس حس صيد فأصاب صيدا يؤكل سواء كان ذلك الحس حس صيد مأكول أو غير مأكول بعد أن كان المصاب صيدا مأكولا وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر ان كان ذلك الحس حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع ونحوها لا يؤكل وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه ان كان حس ضبع يؤكل الصيد وان كان حس خنزير لا يؤكل الصيد (وجه) قول زفر ان السبع غير مأكول فالرمى اليه لا يثبت به حل الصيد المأكول كما لو كان حس آدمى فرمى اليه فأصاب صيدا ولنا أن الارسال الى الصيد اصطياد مباح مأكولا كان الصيد أو غير مأكول فتتعلق به اباحة الصيد المأكول لان حل الصيد المأكول يتعلق بالارسال فاذا كان الارسال حلالا يثبت حله الا أنه لا يثبت بحل الارسال حل حكم المرسل اليه لان حرمته ثبتت لمعنى يرجع الى المحل فلا تتبدل بالفعل ولان المعتبر فى الارسال هو قصد الصيد فأما التعيين فليس بشرط لما بينا فيما تقدم وقد قصد الصيد حلالا كان أو حراما بخلاف ما اذا كان الحس حس آدمى لان الارسال على الآدمى ليس باصطياد فضلا عن أن يكون حلالا اذ لا يتعلق حل الصيد بما ليس باصطياد وعلى الوجه الثانى لم يوجد منه قصد الصيد فلا يتعلق به الحل (وجه) رواية أبى يوسف رحمه الله فى فصله بين سائر السباع وبين الخنزير أن الخنزير محرم العين حتى لا يجوز الانتفاع به بوجه فسقط اعتبار الارسال عليه والتحق بالعدم فأما سائر السباع فجائز الانتفاع بها فى غير جهة الاكل فكان الارسال اليها معتبرا وان سمع حسا ولكنه لا يعلم انه حس صيد أو غيره فأرسل فأصاب صيدا لم يؤكل لانه اذا لم يعلم استوى الحظر والاباحة فكان الحكم للحظر احتياطا وذكر فى الاصل فيمن رمى خنزيرا أهليا فأصاب صيدا قال لا يؤكل لان الخنزير الاهلى ليس بصيد لعدم التوحش والامتناع فكان الرمى اليه كالرمى الى الشاة فلا يتعلق به حل الصيد وان أصاب صيدا مأكولا وقد قالوا فيمن سمع حسا فظنه آدميا فرماه فأصاب الحس نفسه فاذا هو صيد أكل لانه رمى الى المحسوس المعين وهو الصيد فصح ونظيره ما اذا قال لامرأته وأشار اليها هذه الكلبة طالق انها تطلق وبطل الاسم وقالوا لو رمى طائرا فأصاب صيدا أو ذهب المرمى اليه ولم يعلم أوحشى أو مستأنس أكل الصيد لان الاصل فى الطير التوحش فيجب التمسك بالاصل حتى يعلم الاستئناس ولو علم ان المرمى اليه داجن تأوى البيوت لا يؤكل الصيد لان الداجن يأويه البيت وتثبت اليد عليه فكان الرمى اليه كالرمى الى الشاة وذلك لا يتعلق به الحل كذا هذا وقالوا لو رمى بعيرا فأصاب صيدا

وذهب البعير فلم يعلم أناد أوغيرناد لم يؤكل الصيد حتى يعلم أن البعير كان نادا لان الاصل فى الا بل الاستئناس فيتمسك بالاصل حتى يظهر الامر بخلافه واختلفت الرواية عن أبى يوسف رحمه الله فيمن رمى سمكة أوجرادة فأصاب صيدا فقال فى رواية لا يؤكل لان السمك والجراد لاذكاة لهما وروى عنه انه يؤكل لان المرمى اليه من جملة الصيد وان كان لاذكاة له وقالوا لوأرسل كلبه على ظبى موثق فاصاب صيدا لم يؤكل لان الموثق ليس بصيد لعدم معنى الصيد فيه وهو الامتناع فأشبه شاة ولو أرسل بازه على ظبى وهو لا يصيد الظبى فأصاب صيدا لم يؤكل لان هذا ارسال لم يقصد به الاصطياد فصار كمن أرسل كلبا على قتل رجل فاصاب صيدا (ومنها) أن لا يكون ذو الناب الذى يصطاد به من الجوارح محرم العين فان كان محرم العين وهو الخنزير فلا يؤكل صيده لان محرم العين محرم الانتفاع به والاصطياد به انتفاع به فكان حراما فلا يتعلق به الحل (وأما) ماسواه من ذى الناب من السباع فقد قال أصحابنا جميعا كل ذى مخلب وذى ناب علم فتعلم ولم يكن محرم العين فصيد به كان صيده حلالا لعموم قوله عز شأنه وما علمتم من الجوارح وقالوا فى الاسد والذئب انه لا يجوز الصيد بهما لا لمعنى يرجع الى ذاتهما بل لعدم احتمال التعلم لان التعلم بترك العادة وذلك بترك الاكل وقيل ان من عادتهما أنهما اذا أخذا صيدا لا يأكلانه فى الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الاكل فيهما على التعلم حتى لو تصور تعليمهما يجوز وذكر هشام وقال سألت محمدا عن الذئب اذا علم فصاد فقال هذا أرى انه لا يكون فان كان فلا بأس به وقال سألته عن صيد ابن عرس فأخبرنى أن أباحنيفة رحمه الله قال اذا علم فتعلم فكل مما صاد فصار الاصل ماذكرنا ان مالا يكون محرم العين من الجوارح اذا علم فتعلم يؤكل صيده والله جل شأنه أعلم (ومنها) أن يعلم ان تلف الصيد بارسال أو رمى هو سبب الحل من حيث الظاهر فان شاركهما معنى أو سبب يحتمل حصول التلف به والتلف به مما لا يفيد الحل لا يؤكل الا اذا كان ذلك المعنى مما لا يمكن الاحتراز عنه لانه اذا احتمل حصول التلف بما لا يثبت به الحل فقد احتمل الحل والحرمة فيرجح جانب الحرمة احتياطا لانه ان أكل عسى انه أكل الحرام فيأثم وان لم يأكل فلا شئ عليه والتحرز عن الضرر واجب عقلا وشرعا والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لوابصة بن معبد رضى الله عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى مالا يريبك وقال عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما ما اجتمع الحلال والحرام فى شئ الا وقد غلب الحرام الحلال وعلى هذا يخرج ما اذا رمى صيدا أو هو يطير فأصابه فسقط على جبل ثم سقط منه على الارض فمات انه لا يؤكل وهو تفسير المتردى لانه يحتمل أنه مات من الرمى ويحتمل أنه مات بسقوطه عن الجبل وكذلك لو كان على جبل فأصابه فسقط منه شئ على الجبل ثم سقط على الارض فمات أو كان على سطح فأصابه فهوى فأصاب حائط السطح ثم سقط على الارض فمات أو كان على نخلة أو شجرة فسقط منها على جذع النخلة أوند من الشجرة ثم سقط على الارض فمات أو وقع على رمح مركوز فى الارض وفيه سنان فوقع على السنان ثم وقع على الارض فمات أو نشب فيه السنان فمات عليه أو أصاب سهمه صيدا فوقع فى الماء فمات فيه لا يحل لانه يحتمل انه مات بالرمى ويحتمل أنه مات بهذه الاسباب الموجودة بعده وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال وان وقع فى الماء فلا تأكله فلعل الماء قتله بين عليه الصلاة والسلام الحكم وعلل بما ذكرنا من احتمال موته بسبب آخر وهو وقوعه فى الماء والحكم المعلل بعلة يتعمم بعموم العلة ولو أصابه السهم فوقع على الارض فمات فالقياس ان لا يؤكل لجواز موته بسبب وقوعه على الارض وفى الاستحسان يؤكل لانه لا يمكن الاحتراز عن وقوع المرمى اليه على الارض فلو اعتبر هذا الاحتمال لوقع الناس فى الحرج وذكر فى المنتقى فى الصيد اذا وقع على صخرة فانشق بطنه أو انقطع رأسه انه لا يؤكل قال الحاكم الجليل الشهيد المروزى وهذا خلاف جواب الاصل قال القدورى رحمه الله وعنى به أنه خلاف عموم جواب الاصل لانه ذكر فى الاصل لو وقع على آجرة موضوعة فى الارض أكل ولم يفصل بين أن يكون انشق بطنه أولم ينشق فهذا يقتضى أن يؤكل فى الحالين فيجوز أن يجعل فى المسألة روايتان ويجوز أن يفرق بين الحالين من حيث أن

لو انشق بطنه أو انقطع رأسه فالظاهر أن موته بهذا السبب لا بالرمى فكان احتمال موته بالرمى احتمال خلاف الظاهر فلا يعتبر وإذا لم ينشق ولم ينقطع فموته بكل واحد من السببين محتمل احتمالا على السواء إلا أن التحرز غير ممكن فسقط اعتبار موته بسبب العارض ويجوز أن يكون المذكور في المنتقى تفسيرا لما ذكر في الأصل فيكون معناه أنه يؤكل إذا لم ينشق بطنه أو لم ينقطع رأسه فيحمل المطلق على المقيد ويجعل المقيد بيانا للمطلق عند تعذر العمل بهما ولو وقع على حرف آجرة أو حرف حجر ثم وقع على الأرض فمات لم يؤكل لما قلنا ولو كانت الآجرة منطرحة على الأرض فوقع عليها ثم مات أكل لأن الآجرة المنطرحة كالأرض فوقوعه عليها كوقوعه على الأرض ولو وقع على جبل فمات عليه أكل لأن استقراره على الجبل كاستقراره على الأرض وذكر في المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله لو رمى صيدا على قلة جبل فأثخنه حتى صار لا يتحرك ولم يستطع أن يأخذه فرماه فقتله ووقع لم يأكله لأنه خرج عن كونه صيدا بالرمى الأول لخروجه عن حد الامتناع فالرمى الثاني لم يصادف صيدا فلم يكن ذكاة له فلا يؤكل وعلى هذا يخرج ما إذا اجتمع على الصيد معلم وغير معلم أو مسمى عليه وغير مسمى أنه لا يؤكل لاجتماع سببي الحظر والإباحة ولم يعلم أيهما قتله ولو أرسل مسلم كلبه فاتبع الكلب كلب آخر غير معلم لكنه لم يرسله أحد ولم يزجره بعد انبعاثه أو سبع من السباع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن يعلم فيصاد به فرد الصيد عليه ونهشه أو فعل ما يكون معونة للكلب المرسل فأخذه الكلب المرسل وقتله لا يؤكل لأن رد الكلب ونهشه مشاركة في الصيد فأشبه مشاركة المعلم غير المعلم والمسمى عليه غير المسمى عليه بخلاف ما إذا رد عليه آدمي أو بقرة أو حمار أو فرس أو ضب لأن فعل هؤلاء ليس من باب الاصطياد فلا يزاحم الاصطياد في الإباحة فكان ملحقا بالعدم فإن تبع الكلب الأول كلب غير معلم ولم يرد عليه ولم يهيب الصيد ولكنه اشتد عليه وكان الذي أخذ وقتل الكلب المعلم لا بأس بأكله لأنهما ما اشتركا في الاصطياد لعدم المعاونة فيحل أكله والله جل شأنه أعلم (ومنها) أن يلحق المرسل أو الرامي الصيد أو من يقوم مقامه قبل التواري عن عينه أو قبل انقطاع الطلب منه إذا لم يدرك ذبحه فإن توارى عن عينه وقعد عن طلبه ثم وجده لم يؤكل فأما إذا لم يتوار عنه أو توارى لكنه لم يقعد عن الطلب حتى وجده يؤكل استحسانا والقياس أنه لا يؤكل (وجه) القياس أنه يحتمل أن الصيد مات من جراحة كلبه أو من سهمه ويحتمل أنه مات بسبب آخر فلا يحل أكله بالشك (وجه) الاستحسان ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه إليه فقال دعوه فسيأتي صاحبه فجاء رجل من فهر فقال هذه رميتي يا رسول الله وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم سيدنا أبا بكر رضي الله عنه فقسمه بين الرفاق ولأن الضرورة توجب ذلك لأن هذا مما لا يمكن الاحتراز عنه في الصيد فإن العادة أن السهم إذا وقع بالصيد تحامل فغاب وإذا أصاب الكلب الخوف منه غاب فلو اعتبرنا ذلك لأدى ذلك إلى انسداد باب الصيد ووقوع الصيادين في الحرج فسقط اعتبار الغيبة التي لا يمكن التحرز عنها إذا لم يوجد من الصائد تفريط في الطلب لمكان الضرورة والحرج وعند قعوده عن الطلب لا ضرورة فيعمل بالقياس وقد روى أن رجلا أهدى إلى النبي عليه الصلاة والسلام صيدا فقال له من أين لك هذا فقال رميته بالأمس وكنت في طلبه حتى هجم على الليل فقطعني عنه ثم وجدته اليوم ومزراقي فيه فقال عليه الصلاة والسلام أنه غاب عنك ولا أدري لعل بعض الهوام أعانك عليه لا حاجة لي فيه بين عليه الصلاة والسلام الحكم وعلة الحكم وهو ما ذكرنا من احتمال موته بسبب آخر وهذا المعنى لا يتحقق فيه إذا لم يقعد عن الطلب وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن ذلك فقال كل ما أصميت ودع ما أنميت قال أبو يوسف رحمه الله الإصماء ما عاينه والإنماء ما توارى عنه وقال هشام عن محمد رحمه الله الإصماء ما لم يتوار عن بصرك والإنماء ما توارى عن بصرك إلا أنه أقيم الطلب مقام البصر للضرورة ولا ضرورة عند عدم الطلب ولأنه إذا قعد عن طلبه فمن الجائز أنه لو كان طلبه لأدركه حيا فيخرج الجرح من أن يكون ذكاة فلا يحل بالشك بخلاف ما إذا لم يقعد عن طلبه لأنه لم يدركه حيا فبقي الجرح ذكاة له والله تعالى عز وجل أعلم وأما

ما يستحب من الذكاة وما يكره منها (فمنها) ان المستحب أن يكون الذبح بالنهار و يكره بالليل والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الاضحى ليلا وعن الحصاد ليلا وهو كراهة تنزيه ومعنى الكراهة يحتمل أن يكون لوجوه أحدها ان الليل وقت أمن وسكون وراحة فايصال الالم فى وقت الراحة يكون أشد والثانى انه لا يأمن من أن يخطئ فيقطع يده ولهذا كره الحصاد بالليل والثالث ان العروق المشروطة فى الذبح لا تتبين فى الليل فربما لا يستوفى قطعها (ومنها) انه يستحب فى الذبح حالة الاختيار أن يكون ذلك بآلة حادة من الحديد كالسكين والسيف ونحو ذلك و يكره بغير الحديد و بالكليل من الحديد لان السنة فى ذبح الحيوان ما كان أسهل على الحيوان وأقرب الى راحته والاصل فيه ماروينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله تعالى عز شأنه كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته وفى بعض الروايات وليشد قوائمه وليلقه على شقه الايسر وليوجهه نحو القبلة وليسم الله تعالى عليه والذبح بما قلنا أسهل على الحيوان وأقرب الى راحته (ومنها) التذفيف فى قطع الاوداج و يكره الابطاء فيه لما روينا عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال وليرح ذبيحته والاسراع نوع راحة له (ومنها) الذبح فى الشاة والبقرة والنحر فى الابل و يكره القلب من ذلك لما ذكرنا فيما تقدم والله عز شأنه أعلم ومنها أن يكون ذلك من قبل الحلقوم و يكره من قبل القفا لما مر (ومنها) قطع الاوداج كلها و يكره قطع البعض دون البعض لما فيه من ابطاء فوات حياته (ومنها) الاكتفاء بقطع الاوداج ولا يبلغ به النخاع وهو العرق الابيض الذى يكون فى عظم الرقبة ولا يبان الرأس ولو فعل ذلك يكره لما فيه من زيادة ايلام من غير حاجة اليها وفى الحديث ألا لا تنخعوا الذبيحة والنخع القتل الشديد حتى يبلغ النخاع (ومنها) أن يكون الذابح مستقبل القبلة والذبيحة موجهة الى القبلة لما روينا ولما روى أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا اذا ذبحوا استقبلوا القبلة فانه روى عن الشعبى أنه قال كانوا يستحبون أن يستقبلوا بالذبيحة القبلة وقوله كانوا كناية عن الصحابة رضى الله عنهم ومثله لا يكذب ولان المشركين كانوا يستقبلون بذبائحهم الى الاوثان فتستحب مخالفتهم فى ذلك باستقبال القبلة التى هى جهة الرغبة الى طاعة الله عز شأنه و يكره أن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وانما يقول ذلك بعد الفراغ من الذبح أو قبل الاشتغال بالذبح هكذا روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله عن حماد عن ابراهيم وكذلك قال أبو يوسف أدع بالتقبل قبل الذبح ان شئت أو بعده وقدر وينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال موطنان لا أذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح وروينا عن ابن مسعود رضى عنهما أنه قال جردوا التسمية عند الذبح ولو قال ذلك لا تحرم الذبيحة لانه ما ذكر اسم غير الله عز شأنه على سبيل الاشراك لكنه يكره لترك التجريد من حيث الصورة فان قيل أليس انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته فالجواب انه ليس فيه انه ذكر مع اسم الله تعالى جل شأنه نفسه عليه الصلاة والسلام أو أمته فيحتمل انه ضحى أحدهما وذكر اسم الله تعالى ونوى بقلبه أن يكون عنه وضحى الآخر وذكر اسم الله تعالى ونوى بقلبه أن يكون عن أمته وهذا لا يوجب الكراهة و يكره له بعد الذبح قبل أن تبرد أن ينخعها أيضا وهو أن ينحرها حتى يبلغ النخاع وأن يسلخها قبل أن تبرد لان فيه زيادة ايلام لا حاجة اليها فان نخع أو سلخ قبل أن تبرد فلا بأس بأكلها لوجود الذبح بشرائطه و يكره جرها برجلها الى المذبح لانها لحاق زيادة ألم بها من غير حاجة اليها فى الذكاة وروى عن ابن سيرين عن سيدنا عمر رضى الله عنهما أنه رأى رجلا يسوق شاة له ليذبحها سوقا عنيفا فضربه بالدرة ثم قال له سقها الى الموت سوقا جميلا لا أم لك و يكره أن يضجعها و يحد الشفرة بين يديها لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد الشفرة وهى تلاحظه فقال عليه الصلاة والسلام أوددت أن تميتها موتات الا حددت الشفرة قبل أن تضجعها وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه رأى رجلا وقد أضجع شاة ووضع رجله على صفحة وجهها وهو يحد الشفرة فضربه

بالدرة

بالدرة فهرب الرجل وشردت الشاة ولان البهيمة تعرف الآلة الجارحة كما تعرف المهالك فتتحرز عنها فاذا أحد الشفرة وقد أضجعها يزداد ألمها وهذا كله لا تحرم به الذبيحة لان النهى عن ذلك ليس لمعنى فى المنهى بل لما يلحق الحيوان من زيادة ألم لا حاجة اليه فكان النهى عنه لمعنى فى غير المنهى وانه لا يوجب الفساد كالذبح بسكين مغصوب والاصطياد بقوس مغصوب ونحو ذلك

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يحرم أكله من أجزاء الحيوان المأكول فالذى يحرم أكله منه سبعة الدم المسفوح والذكر والانثيان والقبل والغدة والمثانة والمرارة لقوله عز شأنه ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث وهذه الاشياء السبعة مما تستخبثه الطباع السليمة فكانت محرمة وروى عن مجاهد رضى الله عنه أنه قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم فالمراد منه كراهة التحريم بدليل انه جمع بين الاشياء الستة وبين الدم فى الكراهة والدم المسفوح محرم والمروى عن أبى حنيفة رحمه الله انه قال الدم حرام وأكره الستة أطلق اسم الحرام على الدم المسفوح وسمى ما سواه مكروها لان الحرام المطلق ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به وحرمة الدم المسفوح قد ثبتت بدليل مقطوع به وهو النص المفسر من الكتاب العزيز قال الله تعالى عز شأنه قل لا أجد فيما أوحى الى محرما الى قوله عز شأنه أو دما مسفوحا أو لحم خنزير وانعقاد الاجماع أيضا على حرمته فأما حرمة ما سواه من الاشياء الستة فما ثبتت بدليل مقطوع به بل بالاجتهاد أو بظاهر الكتاب العزيز المحتمل للتأويل أو الحديث لذلك فصل بينهما فى الاسم فسمى ذلك حراما وذا مكروها والله عز اسمه أعلم

﴿كتاب الاصطياد﴾

قد بينا فى كتاب الذبائح والصيود ما يؤكل من الحيوانات وما يحرم أكله منها وما يكره والآن نبين فى كتاب الاصطياد ما يباح اصطياده وما لا يباح ومن يباح له الاصطياد ومن لا يباح له فقط أما الاول فيباح اصطياد ما فى البحر والبر مما يحل أكله وما لا يحل أكله غير أن ما يحل أكله يكون اصطياده للانتفاع بلحمه وما لا يحل أكله يكون اصطياده للانتفاع بجلده وشعره وعظمه أو لدفع أذيته الا صيد الحرم فانه لا يباح اصطياده الا المؤذى منه لقوله عز شأنه أولم يروا انا جعلنا حرما آمنا وقول النبى عليه الصلاة والسلام فى صيد الحرم فى حديث فيه طول ولا ينفر صيده وخص منه المؤذيات بقوله عليه الصلاة والسلام خمس من الفواسق يقتلن فى الحل والحرم وأما الثانى فيباح اصطياد ما فى البحر للحلال والمحرم ولا يباح اصطياد ما فى البر للمحرم خاصة لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر الى قوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما والفصل بين صيد البر والبحر وغير ذلك من المسائل بيناه فى كتاب الحج والله عز شأنه الموفق

﴿كتاب التضحية﴾

يحتاج لمعرفة مسائل هذا الكتاب الى بيان صفة التضحية انها واجبة أولا والى بيان شرائط الوجوب لو كانت واجبة والى بيان وقت الوجوب والى بيان كيفية الوجوب والى بيان محل اقامة الواجب والى بيان شرائط جواز اقامة الواجب والى بيان ما يستحب أن يفعل قبل التضحية وعندها وبعدها وما يكره كراهة تحريم أو تنزيه أما صفة التضحية فالتضحية نوعان واجب وتطوع والواجب منها أنواع منها ما يجب على الغنى والفقير ومنها ما يجب على الفقير دون الغنى ومنها ما يجب على الغنى دون الفقير أما الذى يجب على الغنى والفقير فالمنذور به بأن قال لله على ان أضحى شاة أو بدنة أو هذه الشاة أو هذه البدنة أو قال جعلت هذه الشاة ضحية أو أضحية وهو غنى أو فقير لان هذه قربة لله تعالى عز شأنه من جنسها ايجاب وهو هدى المتعة والقران والاحصار وفداء اسماعيل عليه الصلاة والسلام وقيل هذه القربة تلزم بالنذر كسائر القرب التى لله تعالى عز شأنه من جنسها ايجاب من الصلاة والصوم ونحوهما والوجوب بسبب

النذر يستوى فيه الفقير والغنى وان كان الواجب يتعلق بالمـال كالنذر بالحج أنه يصح من الغنى والفقير جميعاً وأما الذى يجب على الفقير دون الغنى فالمشترى للاضحية اذا كان المشترى فقيرا بان اشترى فقير شاة ينوى أن يضحى بها وقال الشافعى رحمـه الله لا تجب وهو قول الزعفرانى من أصحابنا وان كان غنيا لا يجب عليه بالشراء شىء بالاتفاق (وجه) قول الشافعى رحمـه الله ان الايجاب من العبد يستدعى لفظاً يدل على الوجوب والشراء بنيـة الاضحية لا يدل على الوجوب فلا يكون ايجابا ولهـذا لم يكن ايجابا من الغنى (ولنا) ان الشراء للاضحية ممن لا أضحية عليه يجرى مجرى الايجاب وهو النذر بالتضحية عرفا لانه اذا اشترى للاضحية مع فقره فالظاهر أنه يضحى فيصير كانه قال جعلت هذه الشاة أضحية بخلاف الغنى لان الاضحية واجبة عليـه بايجاب الشرع ابتداء فلا يكون شراؤه للاضحية ايجابا بل يكون قصدا الى تفريغ ما فى ذمته ولو كان فى ملك انسان شاة فنوى أن يضحى بها أو اشترى شاة ولم ينو الاضحية وقت الشراء ثم نوى بعد ذلك أن يضحى بها لا يجب عليه سواء كان غنيا أو فقيرا لان النية لم تقارن الشراء فلا تعتبر (وأما) الذى يجب على الغنى دون الفقير فما يجب من غـير نذر ولا شراء للاضحية بل شكرا لنعمة الحياة واحياء لميراث الخليل عليه الصلاة والسلام حين أمره الله تعالى عز اسمه بذبح الكبش فى هذه الايام فداء عن ولده ومطية على الصراط ومغفرة للذنوب وتكفير اللخطايا على ما نطقت بذلك الاحاديث وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وزفر والحسن بن زياد واحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمهم الله وروى عن أبى يوسف رحمه الله انها لا تجب وبه أخذ الشافعى رحمه الله وحجة هـذه الرواية ما روى عن رسول الله صلى الله عليـه وسلم أنه قال ثلاث كتبت على ولم تكتب عليكم الوتر والضحى والاضحى وروى ثلاث كتبت على وهى لكم سنة وذكر عليه الصلاة والسلام الاضحية والسنة غير الواجب فى العرف وروى ان سيدنا ابا بكر وسيدنا عمر رضى الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين وروى عن أبى مسعود الانصارى رضى الله عنه أنه قال قد يروح على الف شاة ولا أضحى بواحدة مخافة أن يعتقد جارى انها واجبة ولانها لو كانت واجبة لكان لا فرق فيها بين المقيم والمسافر لانهما لا يفترقان فى الحقوق المتعلقة بالمـال كالزكاة وصدقة الفطر ثم لا تجب على المسافر فلا تجب على المقيم (ولنا) قوله عز وجل فصل لربك وانحر قيل فى التفسير صل صلاة العيد وانحر البدن بعدها وقيل صـل الصبح بجمع وانحر بمـنى ومطلق الامر للوجوب فى حق العمل ومتى وجب على النبى عليه الصلاة والسلام يجب على الامة لانه قدوة للامة فان قيل قد قيل فى بعض وجوه التأويل لقوله عز شأنه وانحر أى ضع يديك على نحرك فى الصلاة وقيل استقبل القبلة بنحرك فى الصلاة فالجواب ان الحمل على الاول أولى لانه حمل اللفظ على فائدة جديدة والحمل على الثانى حمل على التكرار لان وضع اليد على النحر من أفعال الصلاة عنـدكم يتعلق به كمال الصلاة واستقبال القبلة من شرائط الصلاة لا وجود للصلاة شرعا بدونه فيدخل تحت الامر بالصـلاة فكان الامر بالصلاة أمرا به فحمل قوله عز شأنه وانحر عليـه يكون تكرارا والحمل على ما قلناه يكون حملا على فائدة جديدة فكان أولى وروى عن النبى عليه الصلاة والسـلام أنه قال ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيـم عليه الصلاة والسلام أمر عليه الصلاة والسـلام بالتضحية والامر المطلق عن القرينة يقتضى الوجوب فى حق العمل وروى عنـه عليه الصلاة والسـلام أنه قال على أهـل كل بيت فى كل عام اضحاة وعتيرة وعلى كلمة ايجاب ثم نسخت العتيرة فثبتت الاضحاة وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من لم يضح فلا يقربن مصلانا وهذا خرج مخرج الوعيد على ترك الاضحية ولا وعيد الا بترك الواجب وقال عليه الصلاة والسلام من ذبح قبل الصلاة فليعد أضحيته ومن لم يذبح فليذبح بسم الله أمر عليـه الصلاة والسلام بذبح الاضحية واعادتها اذا ذبحت قبل الصلاة وكل ذلك دليل الوجوب ولان اراقة الدم قربة والوجوب هو القربة فى القربات (وأما) الحديث فنقول بموجبه ان الاضحية ليست بمكتوبة علينا ولكنها واجبة وفرق ما بين الواجب والفرض كفرق ما بين السماء والارض على ما عـرف فى أصول الفقه وقوله هى لكم سنة ان ثبت لا ينفى الوجوب اذ السنة تنبىء عن الطريقة أو السيرة وكل ذلك لا ينفى الوجوب (وأما) حديث سيدنا أبى

بكر وسيدنا عمـــر رضى الله عنهما فيحتمل أنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين لعدم غناهما لما كان لا يفضل رزقهما الذى كان فى بيت المـــال عن كفايتهـــما والغنى شرط الوجوب فى هذا النوع وقول أبى مسعود رضى الله عنه لا يصلح معارضاً للكتاب الكريم والسـنة مع ما أنه يحتمل انه كان عليـه دين فخاف على جاره لوضحى ان يعتـقد وجوب الاضحية مع قيام الدين و يحتمل انه أراد بالوجوب الفرض اذ هو الواجب المطلق فخاف على جاره اعتقاد الفرضية لوضحى فصان اعتقاده بترك الاضحيـة فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحمل على ماقلنا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض والاستدلال بالمسافر غير سديد لان فيه ضرورة لا توجد فى حق المقيم على مانذكر فى بيان الشرائط ان شاء الله تعالى عز شأنه ولو نذر أن يضحى بشاة وذلك فى أيام النحر وهو موسر فعليه أن يضحى بشاتين عند نا شاة لاجل النذر وشاة بايجاب الشرع ابتداء الا اذا عنى به الاخبار عن الواجب عليه بايجاب الشرع ابتداء فلا يلزمه الا التضحية بشاة واحدة ومن المشايخ من قال لا يلزمه الا التضحية بشاة واحدة لان هذه الصيغة حقيقتها للاخبار فيكون اخبارا عما وجب عليه بايجاب الشرع فلا يلزمه التضحية باخرى ولنا ان هذه الصيغة فى عرف الشرع جعلت انشاء كصيغة الطلاق والعتاق لكنها تحتمل الاخبار فيصـدق فى حكم بينه و بين ربه عز شأنه ولو قال ذلك قبـل أيام النحر يلزمه التضحية بشاتين بلا خـلاف لان الصيغة لا تحتمل الاخبار عن الواجب اذ لا وجوب قبـل الوقت والاخبار عن لا واجب ولا واجب يكون كذبا فتعين الانشاء مراداً بها وكذلك لو قال ذلك وهو معسر ثم أيسر فى أيام النحر فعليـه أن يضحى بشاتين لانه لم يكن وقت النذر أضحية واجبة عليـه فلا يحتمل الاخبار فيحمل على الحقيقة الشرعيـة وهو الانشاء فوجب عليه أضحية بنذره وأخرى بايجاب الشرع ابتداء لوجود شرط الوجوب وهو الغنى (وأما) التطوع فاضحية المسافر والفقير الذى لم يوجد منه النذر بالتضحية ولا الشراء للاضحية لانعدام سبب الوجوب وشرطه

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الوجوب فاما فى النوعين الاولين فشرائط أهلية النذر وقد ذكرناها فى كتاب النذر وأما فى النوع الثالث فمنها الاسلام فلا تجب على الكافر لانها قربة والكافر ليس من أهـل القرب ولا يشـترط وجود الاسلام فى جميع الوقت من أوله الى آخره حتى لو كان كافرا فى أول الوقت ثم أسـلم فى آخره تجب عليـه لان وقت الوجوب يفضل عن اداء الواجب فيكفى فى وجوبها بقاء جزء من الوقت كالصلاة ومنها الحرية فلا تجب على العبد وان كان مأذونا فى التجارة أو مكاتبا لانه حق مالى متعلق بملك المال ولهذا لا تجب عليه زكاة ولا صدقة الفطر ولا يشترط أن يكون حرا من أول الوقت الى آخره بل يكتفى بالحرية فى آخر جزء من الوقت حتى لو اعتق فى آخر الوقت وملك نصابا تجب عليه الاضحية لما قلنا فى شرط الاسلام ومنها الاقامة فلا تجب على المسافر لانها لا تتأدى بكل مال ولا فى كل زمان بل بحيوان مخصوص فى وقت مخصوص والمسافر لا يظفر به فى كل مكان فى وقت الاضحيـة فلو أوجبنا عليه لاحتـاج الى حمله مع نفسه وفيه من الحرج مالا يخفى أو احتاج الى ترك السفر وفيه ضرر فدعت الضرورة الى امتناع الوجوب بخلاف الزكاة لان الزكاة لا يتعلق وجوبها بوقت مخصوص بل جميع العـمر وقتها فكان جميع الاوقات وقتاً لادائها فان لم يكن فى يده شىء للحال يؤديها اذا وصل الى المال وكذا تتأدى بكل مال فايجابها عليه لا يوقعه فى الحرج وكذلك صدقة الفطر لانها تجب وجوبا موسعاً كالزكاة وهو الصحيح وعند بعضهم وان كانت تتوقف بيوم الفطر لكنها تتأدى بكل مال فلا يكون فى الوجوب عليه حرج وذكر فى الاصل وقال ولا تجب الاضحية على الحاج وأراد بالحاج المسافر فاما أهل مكة فتجب عليهم الاضحية وان حجوا لما روى نافع عن ابن سـيدنا عمر رضى الله عنهما انه كان يخلف لمن لم يحج من أهله أثمان الضحايا ليضحوا عنه تطوعا و يحتمل أنه ليضحوا عن أنفسهم لا عنه فلا يثبت الوجوب مع الاحتمال ولا تشترط الاقامة فى جميع الوقت حتى لو كان مسافرا فى أول الوقت ثم أقام فى آخره تجب عليه لما بينا فى شرط الحرية والاسلام ولو كان مقيما فى أول الوقت ثم سافر فى آخره لا تجب عليه لمـا ذكرنا هذا اذا سافر قبل ان يشترى أضحية فان اشترى شاة للاضحية ثم سافر ذكر فى المنتقى ان له بيعها ولا يضحى بها وهكذا

روى عن محمد رحمه الله أنه يبيعها من المشايخ من فصل بين الموسر والمعسر فقال ان كان موسرا فالجواب كذلك لانه ما أوجب بهذا الشراء شيأ على نفسه وانما قصد به اسقاط الواجب عن نفسه فاذا سافر تبين أنه لا وجوب عليه فكان له ان يبيعها كالوشرع فى العبادة على ظن أنها عليه ثم تبين أنها ليست عليه أنه لا يلزمه الاتمام وان كان معسرا ينبغى أن تجب عليه ولا تسقط عنه بالسفر لان هذا ايجاب من الفقير بمنزلة النذر فلا يسقط بالسفر كالوشرع فى التطوع أنه يلزمه الاتمام والقضاء بالافساد كذا ههنا وان سافر بعد دخول الوقت قالوا ينبغى أن يكون الجواب كذلك لما ذكرنا ومنها الغنى لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من وجد سعة فليضح شرط عليه الصلاة والسلام السعة وهى الغنى ولانا أوجبناها بمطلق المال ومن الجائز أن يستغرق الواجب جميع ماله فيؤدى الى الحرج فلابد من اعتبار الغنى وهو أن يكون فى ملكه مائتا درهم أو عشرون دينارا أو شىء تبلغ قيمته ذلك سوى مسكنه وما يتأثث به وكسوته وخادمه وفرسه وسلاحه ومالا يستغنى عنه وهو نصاب صدقة الفطر وقد ذكرناه وما يتصل به من المسائل فى صدقة الفطر ولو كان عليه دين بحيث لو صرف اليه بعض نصابه لا ينقص نصابه لا تجب لان الدين يمنع وجوب الزكاة فلأن يمنع وجوب الاضحية أولى لان الزكاة فرض والاضحية واجبة والفرض فوق الواجب وكذا لو كان له مال غائب لا يصل اليه فى أيام النحر لانه فقير وقت غيبة المال حتى تحل له الصدقة بخلاف الزكاة فانها تجب عليه لان جميع العمر وقت الزكاة وهذه قربة موقتة فيعتبر الغنى فى وقتها ولا يشترط أن يكون غنيا فى جميع الوقت حتى لو كان فقيرا فى أول الوقت ثم أيسر فى آخره يجب عليه لما ذكرنا ولو كان له مائتا درهم فحال عليها الحول فزكاها بخمسة دراهم ثم حضرت أيام النحر وماله مائة وخمسة وتسعون لا رواية فيه وذكر الزعفرانى أنه تجب عليه الاضحية لان النصاب وان انتقص لكنه انتقص بالصرف الى جهة هى قربة فيجعل قائما تقديرا حتى لو صرف خمسة منها الى النفقة لا تجب لانعدام الصرف الى جهة القربة فكان النصاب ناقصا حقيقة وتقديرا فلا يجب ولو اشترى الموسر شاة للاضحية فضاعت حتى انتقص نصابه وصار فقيرا فجاءت أيام النحر فليس عليه أن يشترى شاة أخرى لان النصاب ناقص وقت الوجوب فلم يوجد شرط الوجوب وهو الغنى فلو أنه وجدها وهو معسر وذلك فى أيام النحر فليس عليه أن يضحى بها لانه معسر وقت الوجوب ولو ضاعت ثم اشترى أخرى وهو موسر فضحى بها ثم وجد الاولى وهو معسر لم يكن عليه أن يتصدق بشىء لما قلنا وجميع ما ذكرنا من الشروط يستوى فيها الرجل والمرأة لان الدلائل لا تفصل بينهما وأما البلوغ والعقل فليسا من شرائط الوجوب فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد وزفر هما من شرائط الوجوب حتى تجب الاضحية فى مال الصبى والمجنون اذا كانا موسرين عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله حتى لو ضحى الاب أو الوصى من مالهما لا يضمن عندهما وعند محمد وزفر رحمهما الله يضمن وهو على الاختلاف الذى ذكرنا فى صدقة الفطر والحج ذكرت هنالك ومن المتأخرين من قال لا خلاف بينهم فى الاضحية انها لا تجب فى مالهما لان القربة فى الاضحية هى اراقة الدم وانها اتلاف ولا سبيل الى اتلاف مال الصغير والتصدق باللحم تطوع ولا يجوز ذلك فى مال الصغير والصغير فى العادة لا يقدر على ان يأكل جميع اللحم ولا يجوز بيعه ولا سبيل للوجوب رأسا والصحيح أنه على الاختلاف وتجب الاضحية عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ولا يتصدق باللحم لما قلنا لكن يأكل منها الصغير ويدخر له قدر حاجته ويبتاع بالباقى ما ينتفع بعينه كابتياع البالغ بجلد الاضحية ما ينتفع بعينه والذى يجن ويفيق يعتبر حاله فى الجنون والافاقة فان كان مجنونا فى أيام النحر فهو على الاختلاف وان كان مفيقا يجب بلا خلاف وقيل ان حكمه حكم الصحيح كيف ما كان ومن بلغ من الصغار فى أيام النحر وهو موسر يجب عليه باجماع بين أصحابنا لان الاهلية من الحر فى آخر الوقت لا فى أوله كما لا يشترط اسلامه وحريته واقامته فى أول الوقت لما بينا ولا يجب على الرجل أن يضحى عن عبده ولا عن ولده الكبير وفى وجوبها عليه من ماله لولده الصغير روايتان كذا ذكره القدورى رحمه الله وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انها لا تجب فى ظاهر الرواية ولكن الافضل أن يفعل ذلك وأطلق

الطحاوى رحمه الله ما يدل على الوجوب فانه قال و يجب على الرجل أن يضحى عن أولاده الصغار (وجه) رواية الوجوب ان ولد الرجل جزؤه فاذا وجب عليه أن يضحى عن نفسه فكذا عن ولده ولهذا وجب عليه أن يؤدى عنه صدقة الفطر ولان له على ولده الصغير ولاية كاملة فيجب كصدقة الفطر بخلاف الكبير فانه لا ولاية له عليه (وجه) ظاهر الرواية ان الاصل ان لا يجب على الانسان شيء على غيره خصوصاً فى القربات لقول الله تعالى وأن ليس للانسان الا ما سعى وقوله جل شأنه لها ما كسبت ولهذا لم تجب عليه عن عبده وعن ولده الكبير الا ان صدقة الفطر خصت عن النصوص فبقيت الاضحية على عمومها ولان سبب الوجوب هناك رأس يمونه و يلى عليه وقد وجد فى الولد الصغير وليس السبب الرأس ههنا ألا ترى أنه يجب بدونه وكذا لا يجب بسبب العبد وأما الوجوب عليه من ماله لولد ولده اذا كان أبوه ميتاً فقد روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله ان عليه أن يضحى عنه قال القدورى رحمه الله و يجب أن يكون هذا على روايتين كما قالوا فى صدقة الفطر وقد مر وجه الروايتين فى صدقة الفطر وأما المصر فليس بشرط الوجوب فتجب على المقيمين فى الامصار والقرى والبوادى لان دلائل الوجوب لا توجب الفصل والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما وقت الوجوب فايام النحر فلا تجب قبل دخول الوقت لان الواجبات الموقتة لا تجب قبل أوقاتها كالصلاة والصوم ونحوهما وأيام النحر ثلاثة يوم الاضحى وهو اليوم العاشر من ذى الحجة والحادى عشر والثانى عشر وذلك بعد طلوع الفجر من اليوم الاول الى غروب الشمس من الثانى عشر وقال الشافعى رحمه الله تعالى ايام النحر أربعة أيام العاشر من ذى الحجة والحادى عشر والثانى عشر والثالث عشر والصحيح قولنا لما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على وابن عباس وابن سيدنا عمر وأنس بن مالك رضى الله تعالى عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أولها أفضلها والظاهر أنهم سمعوا ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان أوقات العبادات والقربات لا تعرف الا بالسمع فاذا طلع الفجر من اليوم الاول فقد دخل وقت الوجوب فتجب عند استجماع شرائط الوجوب ثم لجواز الاداء بعد ذلك شرائط أخر نذكرها فى موضعها ان شاء الله تعالى فان وجدت يجوز والا فلا كما تجب الصلاة بدخول وقتها ثم ان وجدت شرائط جواز ادائها جازت والا فلا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما كيفية الوجوب فانواع (منها) انها تجب فى وقتها وجوباً موسعاً ومعناه انها تجب فى جملة الوقت غير عين كوجوب الصلاة فى وقتها ففى أى وقت ضحى من عليه الواجب كان مؤدياً للواجب سواء كان فى أول الوقت او وسطه أو آخره كالصلاة والاصل ان ما وجب فى جزء من الوقت غير عين يتعين الجزء الذى أدى فيه الوجوب أو آخر الوقت كما فى الصلاة وهو الصحيح من الاقاويل على ما عرف فى أصول الفقه وعلى هذا يخرج ما اذا لم يكن أهلا للوجوب فى أول الوقت ثم صار أهلا فى آخره بان كان كافراً أو عبداً أو فقيراً أو مسافراً فى أول الوقت ثم أسلم أو أعتق أو أيسر أو أقام فى آخره أنه يجب عليه ولو كان أهلا فى أوله ثم لم يبق أهلا فى آخره بان ارتد أو اعسر أو سافر فى آخره لا يجب عليه ولو ضحى فى أول الوقت وهو فقير ثم أيسر فى آخر الوقت فعليه أن يعيد الاضحية عندنا وقال بعض مشايخنا ليس عليه الاعادة والصحيح هو الاول لانه لما أيسر فى آخر الوقت تعين آخر الوقت للوجوب عليه وتبين ان ما أداه وهو فقير كان تطوعا فلا ينوب عن الواجب وما روى عن الكرخى رحمه الله فى الصلاة المؤداة فى أول الوقت انها نفل مانع من الوجوب فى آخر الوقت فاسد عرف فساده فى أصول الفقه ولو كان موسراً فى جميع الوقت فلم يضح حتى مضى الوقت ثم صار فقيراً صار قيمة شاة صالحة للاضحية ديناً فى ذمته يتصدق بها متى وجدها لان الوجوب قد تأكد عليه بآخر الوقت فلا يسقط بفقره بعد ذلك كالمقيم اذا مضى عليه وقت الصلاة ولم يصل حتى سافر لا يسقط عنه شطر الصلاة وكالمرأة اذا مضى عليها وقت الصلاة وهى طاهرة ثم حاضت لا يسقط عنها فرض الوقت حتى يجب عليها القضاء اذا طهرت من حيضها كذا ههنا ولو مات الموسر فى أيام النحر قبل أن يضحى سقطت عنه الاضحية وفى الحقيقة لم تجب لما ذكرنا ان الوجوب عند الاداء أو فى آخر الوقت فاذا مات قبل الاداء مات قبل أن تجب عليه كمن مات فى وقت الصلاة قبل أن

يصليها أنه مات ولا صلاة عليه كذا ههنا وعلى هذا تخرج رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ان الرجل الموسر اذا ولد له ولد في آخر أيام النحر أنه يجب عليه أن يذبح عنه وهي احدى الروايتين اللتين ذكرناهما انه كما يجب على الانسان اذا كان موسرا ان يذبح عن نفسه يجب عليه أن يذبح عن ولده الصغير لانه ولد وقت تأكد الوجوب بخلاف صدقة الفطر أنه اذا ولد له ولد بعد طلوع الفجر من يوم الفطر أنه لا تجب عليه صدقة فطره لان الوجوب هناك تعلق باول اليوم فلا يجب بعد مضي جزء منه وههنا بخلافه وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى شاة للاضحية وهو موسر ثم انها ماتت أو سرقت أوضلت في أيام النحر أنه يجب عليه أن يضحي بشاة أخرى لان الوجوب في جملة الوقت والمشترى لم يتعين للوجوب والوقت باق وهو من أهل الوجوب فيجب الا اذا كان عينها بالنذر بان قال لله تعالى على أن اضحي بهذه الشاة وهو موسر أو معسر فهلكت أو ضاعت أنه تسقط عنه التضحية بسبب النذر لان المنذور به معين لاقامة الواجب فيسقط الواجب بهلاكه كالزكاة تسقط بهلاك النصاب عندنا غير أنه ان كان الناذر موسرا تلزمه شاة أخرى بايجاب الشرع ابتداء لا بالنذر وان كان معسرا فاشترى شاة للاضحية فهلكت في أيام النحر أو ضاعت سقطت عنه وليس عليه شيء آخر لما ذكرنا ان الشراء من الفقير للاضحية بمنزلة النذر فاذا هلكت فقد هلك محل اقامة الواجب فيسقط عنه وليس عليه شيء آخر بايجاب الشرع ابتداء لفقد شرط الوجوب وهو اليسار ولو اشترى الموسر شاة للاضحية فضلت فاشترى شاة أخرى ليضحي بها ثم وجد الاولى في الوقت فالافضل أن يضحي بهما فان ضحى بالاولى أجزأه ولا تلزمه التضحية بالاخرى ولا شيء عليه غير ذلك سواء كانت قيمة الاولى أكثر من الثانية أو أقل والاصل فيه ما روى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها انها ساقت هديا فضاع فاشترت مكانه آخر ثم وجدت الاول فنحرتهما ثم قالت الاول كان يجزئ عني فثبت الجواز بقولها والفضيلة بفعلها رضي الله عنها ولان الواجب في ذمته ليس الا التضحية بشاة واحدة وقد ضحى وان ضحى بالثانية أجزأه وسقطت عنه الاضحية وليس عليه أن يضحي بالاولى لان التضحية بها لم تجب بالشراء بل كانت الاضحية واجبة في ذمته بمطلق الشاة فاذا ضحى بالثانية فقد أدى الواجب بها بخلاف المتنفل بالاضحية اذا ضحى بالثانية أنه يلزمه التضحية بالاولى أيضا لانه لما اشتراها للاضحية فقد وجب عليه التضحية بالاولى أيضا بعينها فلا يسقط بالثانية بخلاف الموسر فانه لا يجب عليه التضحية بالشاة المشتراة بعينها وانما الواجب في ذمته وقد أداه بالثانية فلا تجب عليه التضحية بالاولى وسواء كانت الثانية مثل الاولى في القيمة أو فوقها أو دونها لما قلنا غير أنها ان كانت دونها في القيمة يجب عليه أن يتصدق بفضل ما بين القيمتين لانه بقيت له هذه الزيادة سالمة من الاضحية فصار كاللبن ونحوه ولو لم يتصدق بشيء ولكنه ضحى بالاولى أيضا وهو في أيام النحر أجزأه وسقطت عنه الصدقة لان الصدقة انما تجب خلفا عن فوات شيء من شاة الاضحية فاذا أدى الاصل في وقته سقط عنه الخلف وأما على قول أبي يوسف رحمه الله فانه لا تجزيه التضحية الا بالاولى لانه يجعل الاضحية كالوقف ولو لم يذبح الثانية حتى مضت أيام النحر ثم وجد الاولى ذكر الحسن بن زياد في الاضاحي ان عليه أن يتصدق بافضلهما ولا يذبح وذكر فيها أنه قول زفر وأبي يوسف والحسن بن زياد رحمهم الله لانه لم يجب عليه في آخر الوقت الا التضحية بشاة فاذا خرج الوقت تحول الواجب من الاراقة الى التصدق بالعين ولو اشترى شاة للاضحية وهو معسر أو كان موسرا فانتقص نصابه بشراء الشاة ثم ضلت فلا شيء عليه ولا يجب عليه شيء آخر أما الموسر فلفوات شرط الوجوب وقت الوجوب وأما المعسر فلهلاك محل اقامة الواجب فلا يلزمه شيء آخر (ومنها) أن لا يقوم غيرها مقامها حتى لو تصدق بعين الشاة أو قيمتها في الوقت لا يجزيه عن الاضحية لان الوجوب تعلق بالاراقة والاصل ان الوجوب اذا تعلق بفعل معين أنه لا يقوم غيره مقامه كما في الصلاة والصوم وغيرهما بخلاف الزكاة فان الواجب أداء جزء من النصاب ولو أدى من مال آخر جاز لان الواجب هناك ليس جزأ من النصاب عند أصحابنا بل الواجب مطلق المال وقد أدى وعند بعضهم وان كان الواجب أداء جزء من النصاب لكن من حيث انه مال لا من حيث انه جزء من النصاب لان مبنى وجوب

الزكاة على التيسير والتيسير فى الوجوب من حيث انه مال لا من حيث انه العين والصورة وههنا الواجب فى الوقت اراقة الدم شرعا غير معقول المعنى فيقتصر الوجوب على مورد الشرع وبخلاف صدقة الفطر أنها تتأدى بالقيمة عندنا لان الواجب هناك معلول بمعنى الاغناء قال النبى عليه الصلاة والسلام اغنوهم عن المسئلة فى مثل هذا اليوم والاغناء يحصل باداء القيمة والله عز شأنه أعلم (ومنها) انه تجزىء فيها النيابة فيجوز للانسان أن يضحى بنفسه وبغيره باذنه لانها قربة تتعلق بالمال فتجزىء فيها النيابة كاداء الزكاة وصدقة الفطر ولان كل أحد لا يقدر على مباشرة الذبح بنفسه خصوصاً النساء فلو لم تجز الاستنابة لادى الى الحرج وسواء كان المأذون مسلماً أو كتابيا حتى لو أمر مسلم كتابيا أن يذبح أضحيته يجزيه لان الكتابى من أهل الذكاة الا أنه يكره لان التضحية قربة والكافر ليس من أهل القربة لنفسه فتكره انابته فى اقامة القربة لغيره وسواء كان الاذن نصاً أو دلالة حتى لو اشترى شاة للاضحية فجاء يوم النحر فاضجعها وشد قوائمها فجاء انسان وذبحها من غير أمره أجزأه استحسانا والقياس أنه لا يجوز وأن يضمن الذابح قيمتها وهو قول زفر رحمه الله وقال الشافعى يجزيه عن الاضحية ويضمن الذابح أما الكلام مع زفر فوجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فلا يجزى عن صاحبها ويضمن الذابح كما لو غصب شاة وذبحها وهو وجه الشافعى فى وجوب الضمان على الذابح وجه الاستحسان أنه لما اشتراها للذبح وعينها لذلك فاذا ذبحها غيره فقد حصل غرضه واسقط عنه مؤنة الذبح فالظاهر أنه رضى بذلك فكان مؤذونا فيه دلالة فلا يضمن ويجزيه عن الاضحية كما لو أذن له بذلك نصاً وبه تبين وهى قول الشافعى رحمه الله أنه يجزيه عن الاضحية ويضمن الذابح لان كون الذبح مأذونا فيه يمنع وجوب الضمان كما لو نص على الاذن وكما لو باعها باذن صاحبها ولو لم يرض به وأراد الضمان يقع عن المضحى وليس للوكيل أن يضحى ما وكل بشرائه بغير أمر موكله ذكره أبو يوسف رحمه الله فى الاملاء فان ضحى جاز استحسانا لانه أعانه على ذلك فوجد الاذن منه دلالة الا أن يختار أن يضمنه فلا يجزى عنه وعلى هذا اذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه عن نفسه أنه يجزى كل واحد منهما أضحيته عنه استحسانا ويأخذها من الذابح لما بينا ان كل واحد منهما يكون راضيا بفعل صاحبه فيكون مأذونا فيه دلالة فيقع الذبح عنه ونية صاحبه تقع لغوا حتى لو تشاحا وأراد كل واحد منهما الضمان تقع الاضحية له وجازت عنه لانه ملكه بالضمان على ما نذكره فى الشاة المغصوبة ان شاء الله تعالى وذكر هشام عن أبى يوسف رحمهما الله فى نوادره فى رجلين اشتريا أضحيتين فذبح كل منهما أضحية صاحبه غلطا عن نفسه واكلها قال يجزى كل واحد منهما فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقولنا ويحلل كل واحد منهما صاحبه فان تشاحا ضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته فان كان قد انقضت ايام النحر يتصدق بتلك القيمة اما جواز احلالهما فلانه يجوز لكل واحد منهما ان يطعمها لصاحبه ابتداء قبل الاكل فيجوز ان يحلله بعد الاكل وله ان يضمنه لان من اتلف لحم الاضحية يضمن ويتصدق بالقيمة لان القيمة بدل عن اللحم فصار كما لو باعه قال وسألت ابا يوسف رحمه الله عن البقرة اذا ذبحها سبعه فى الاضحية ايقتسمون لحمها جزافا أو وزنا قال بل وزنا قال قلت فان اقتسموها مجازفة وحلل بعضهم بعضاً قال أكره ذلك قال قلت فما تقول فى رجل باع درهما بدرهم فرجح أحدهما فحلل صاحبه الرجحان قال هذا جائز لانه لا يقسم معناه أنه هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة وهو الدرهم الصحيح أما عدم جواز القسمة مجازفة فلان فيها معنى التمليك واللحم من الاموال الربوية فلا يجوز تمليكه مجازفة كسائر الاموال الربوية وأما عدم جواز التحليل فلان الربوى لا يحتمل الحل بالتحليل ولانه فى معنى الهبة وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تصح بخلاف ما اذا رجح الوزن (ومنها) انها تقضى اذا فاتت عن وقتها والكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان انها مضمونة بالقضاء فى الجملة والثانى فى بيان ما تقضى به أما الاول فلان وجوبها فى الوقت إما لحق العبودية أو لحق شكر النعمة أو لتكفير الخطايا لان العبادات والقربات انما تجب لهذه المعانى وهذا لا يوجب الاختصاص بوقت دون وقت فكان الاصل فيها أن تكون واجبة فى جميع الاوقات وعلى الدوام بالقدر الممكن الا

أن الاداء في السنة مرة واحدة في وقت مخصوص أقيم مقام الاداء في جميع السنة تيسيراً على العباد فضلا من الله عز وجل ورحمة كما أقيم صوم شهر في السنة مقام جميع السنة وأقيم خمس صلوات في يوم وليلة مقام الصلاة آناء الليل وأطراف النهار فاذا لم يؤد في الوقت بقي الوجوب في غيره لقيام المعنى الذي له وجبت في الوقت وأما الثاني فنقول انها لا تقضى بالاراقة لان الاراقة لا تعقل قربة وانما جعلت قربة بالشرع في وقت مخصوص فاقتصر كونها قربة على الوقت المخصوص فلا تقضى بعد خروج الوقت ثم قضاؤها قد يكون بالتصدق بعين الشاة حية وقد يكون بالتصدق بقيمة الشاة فان كان أوجب التضحية على نفسه بشاة بعينها فلم يضحها حتى مضت أيام النحر يتصدق بعينها حية لان الاصل في الاموال التقرب بالتصدق بها لا بالاتلاف وهو الاراقة الا أنه نقل الى الاراقة مقيداً في وقت مخصوص حتى يحل تناول لحمه للمالك والاجنبي والغني والفقير لكون الناس أضياف الله عز شأنه في هذا الوقت فاذا مضى الوقت عاد الحكم الى الاصل وهو التصدق بعين الشاة سواء كان موسراً أو معسراً لما قلنا وكذلك المعسر اذا اشترى شاة ليضحي بها فلم يضح حتى مضى الوقت لان الشراء للاضحية من الفقير كالنذر بالتضحية وأما الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فكذلك الجواب ومن المشايخ من قال هذا الجواب في المعسر لان الشاة المشتراة للاضحية من المعسر تتعين للاضحية فأما من الموسر فلا تتعين بدليل أنه يجوز له التضحية بشاة أخرى في الوقت مع بقاء الاولى وتسقط عنه الاضحية والصحيح أنها تتعين من الموسر أيضاً بلا خلاف بين أصحابنا فان محمداً رحمه الله ذكر عقيب جواب المسئلة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقولنا (ووجهه) ان نية التعيين قارنت الفعل وهو الشراء فاوجبت تعيين المشترى للاضحية الا أن تعيينه للاضحية لا يمنع جواز التضحية بغيرها كتعيين النصاب لاداء الزكاة منه لا يمنع جواز الاداء بغيره وتسقط عنه الزكاة وهذا لان المتعين لا يزاحمه غيره فاذا ضحى بغيره أو أدى الزكاة من غير النصاب لم يبق الاول متعيناً فكانت الشاة متعينة للتضحية ما لم يضح بغيرها كالزكاة وان كان لم يوجب على نفسه ولا اشترى وهو موسر حتى مضت أيام النحر تصدق بقيمة شاة تجوز في الاضحية لانه اذا لم يوجب ولم يشتر لم يتعين شئ للاضحية وانما الواجب عليه اراقة دم شاة فاذا مضى الوقت قبل أن يذبح ولا سبيل الى التقرب بالاراقة بعد خروج الوقت لما قلنا انتقل الواجب من الاراقة والعين أيضاً لعدم التعيين الى القيمة وهو قيمة شاة يجوز ذبحها في الاضحية ولو صار فقيرا بعد مضي أيام النحر لا يسقط عنه التصدق بعين الشاة أو بقيمتها لانه اذا مضى الوقت صار ذلك ديناً في ذمته فلا يسقط عنه لفقره بعد ذلك ولو وجب عليه التصدق بعين الشاة فلم يتصدق ولكن ذبحها يتصدق بلحمها ويجزيه ذلك ان لم ينقصها الذبح وان نقصها يتصدق باللحم وقيمة النقصان ولا يحل له أن يأكل منها وان أكل منها شيأ غرم قيمته ويتصدق بها لما يذكر في موضعه وكذلك لو أوجب على نفسه أن يتصدق بها لا يأكل منها اذا ذبحها بعد وقتها أو في وقتها فهو سواء ومن وجبت عليه الاضحية فلم يضح حتى مضت أيام النحر ثم حضرته الوفاة فعليه أن يوصي بان يتصدق عنه بقيمة شاة من ثلث ماله لانه لما مضى الوقت فقد وجب عليه التصدق بقيمة شاة فيحتاج الى تخليص نفسه عن عهدة الواجب والوصية طريق التخليص فيجب عليه أن يوصي كما في الزكاة والحج وغير ذلك ولو أوصى بان يضحى عنه ولم يسم شاة ولا بقرة ولا غير ذلك ولم يبين الثمن أيضاً جاز ويقع على الشاة بخلاف ما اذا وكل رجلا أن يضحي عنه ولم يسم شيأ ولا ثمنا أنه لا يجوز والفرق ان الوصية تحتمل من الجهالة شيأ لا تحتمله الوكالة فان الوصية بالمجهول وللمجهول تصح ولا تصح الوكالة ولو أوصى بان يشترى له شاة بعشرين درهماً فيضحى عنه ان مات فمات وثلثه أقل من ذلك فانه يضحى عنه بما يبلغ الثلث على قياس الحج اذا أوصى بان يحج عنه بمائة وثلثه أقل من مائة فانه يحج بمائة بخلاف العتق اذا أوصى بان يعتق عنه عبد بمائة وثلثه أقل ان عند أبي حنيفة رحمه الله تبطل الوصية وعندهما يعتق عنه بما بقي لانه أوصى بمال مقدر فيما هو قربة فتنفذ الوصية فيما أمكن كما في الحج (ووجه) الفرق لابي حنيفة رحمه الله أن مصرف الوصية في العتق هو العبد فكانه أوصى بعبد موصوف بصفة وهو أن يكون ثمنه مائة فاذا اشترى باقل

كان هـذا غـيرما أوصى به فلا يجوز بخلاف الحج والاضحية فان المصرف ثمة هو الله عز شأنه فسواء كان قيمة الشاة أقل أو مثل ما أوصى به بكون المصرف واحدا والمقصود بالكل واحد وهو القربة وذلك حاصل فيجوز (ومنها) أن وجوبها نسخ كل دم كان قبلها من العقيقة والرجبية والعتيرة كذا حكى أبو بكر الكيسانى عن محمـد رحمه الله أنه قال قد كانت فى الجاهلية ذبائح يذبحونها (منها) العقيقة كانت فى الجاهلية ثم فعلها المسلمون فى أول الاسـلام فنسخها ذبح الاضحية فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل (ومنها) شاة كانوا يذبحونها فى رجب تدعى الرجبية كان أهـل البيت يذبحون الشاة فيأكلون و يطبخون و يطعمون فنسخها ذبح الاضحية (ومنها) العتيرة كان الرجل اذا ولدت له الناقة أو الشاة ذبح أول ولد تلده فأكل وأطعم قال محمد رحمه الله هذا كله كان يفعل فى الجاهلية فنسخه ذبح الاضحية وقيل فى تفسير العتيرة كان الرجـل من العرب اذا نذر نذرا أنه اذا كان كذا أو بلغ شاة كذا فعليه أن يذبح من كل عشر منها كذا فى رجب والعقيقة الذبيحة التى تذبح عن المولود يوم أسبوعه وانمـا عرفنا انتساخ هذه الدماء بمـا روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت نسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله و نسخت الاضحية كل ذبح كان قبلها ونسخ غسل الجنابة كل غسل كان قبله والظاهر انها قالت ذلك سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان انتساخ الحكم مما لا يدرك بالاجتهاد ومنهم من روى هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم و نسخت الزكاة كل صدقة كانت قبلها وكذا قال أهل التأويل فى قوله عز شأنه أأشفقتم أن تقدموا بين يدى نجواكم صـدقات فاذلم تفعلوا وتاب الله عليكم فأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ان ما أمروا به من تقديم الصدقة على النجوى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نسخ بقوله جل شأنه وآتوا الزكاة وذكر محمد رحمه الله فى العقيقة فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل وهذا يشير الى الاباحة فيمنع كونه سنة وذكر فى الجامع الصغير ولا يعق عن الغلام ولا عن الجارية وانه اشارة الى الكراهة لان العقيقة كانت فضلا ومتى نسخ الفضـل لا يبقى الا الكراهة بخلاف الصوم والصدقة فانهما كانا من الفرائض لا من الفضائل فاذا نسخت منهـما الفرضية يجوز التنفل بهما وقال الشافعى رحمه الله العقيقة سنة عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة واحتج بمـا روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين رضى الله عنهما كبشا كبشا وانا نقول انها كانت ثم نسخت بدم الاضحيـة بحديث سيدتنا عائشـة رضى الله عنها وكذا روى عن سـيدنا على رضى الله عنه انه قال نسخت الاضحية كل دم كان قبلها والعقيقة كانت قبلها كالعتيرة و روى ان رسول الله صـلى الله عليـه وسلم سـئل عن العقيقة فقال ان الله تعالى لا يحب العقوق من شاء فليعق عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة وهذا ينفى كون العقيقة سنة لانه عليـه الصـلاة والسلام علق العق بالمشيئة وهذا امارة الاباحة والله عز شأنه أعلم

﴿ فصـل ﴾ وأما محل اقامة الواجب فهذا الفصل يشتمل على بيان جنس المحل الذى يقام منـه الواجب ونوعه وجنسه وسنه وقدره وصفته أما جنسه فهو أن يكون من الاجناس الثلاثة الغنم أو الابل أو البقر و يدخل فى كل جنس نوعه والذكر والانثى منـه والخصى والفحل لانطلاق اسم الجنس على ذلك والمعز نوع من الغنم والجاموس نوع من البقر بدليـل أنه يضم ذلك الى الغنم والبقر فى باب الزكاة ولا يجوز فى الاضاحى شىء من الوحش لان وجوبها عرف بالشرع والشرع لم يرد بالايجاب الا فى المستأنس فان كان متولدا من الوحشى والانسى فالعـبرة بالام فان كانت أهلية يجوز والا فلا حتى ان البقرة الاهلية اذا نزا عليها ثور وحشى فولدت ولدا فانه يجوز أن يضحى به وان كانت البقرة وحشية والثور أهليا لم يجز لان الاصل فى الولد الام لانه ينفصل عن الام وهو حيوان متقوم تتعلق به الاحكام وليس ينفصـل من الاب الا ماء مهين لا خطر له ولا يتعلق به حكم ولهذا يتبع الولد الام فى الرق والحرية الا أنه يضاف الى الاب فى بنى آدم تشريفا للولد وصيانة له عن الضياع والا فالاصـل أن يكون مضافا الى الام وقيـل اذا نزا ظبى على شاة أهلية فان ولدت شاة تجوز التضحية بها وان ولدت ظبيا لا تجوز وقيـل ان ولدت الرمكة من حمار وحشى حمارا لا يؤكل وان ولدت فرسا فحكمه حكم الفرس وان ضحى بظبية وحشية ألفت أو ببقرة وحشية ألفت لم يجز لانها

وحشية فى الاصل والجوهر فلا يبطل حكم الاصل بعارض نادر والله عز شأنه الموفق وأما سنه فلا يجوز شئ مما ذكرنا من الابل والبقر والغنم من الاضحيــة الا الثنى من كل جنس الا الجذع من الضأن خاصة اذا كان عظيما لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ضحوا بالثنايا الا أن يعز على أحدكم فيذبح الجذع فى الضأن وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال يجزى الجذع من الضان عما يجزى فيه الثنى من المعز وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى المصلى فشم قتاراً فقال ما هذا فقالوا أضحية ابى بردة فقال عليــه الصلاة والسلام تلك شاة لحم فجاء أبو بردة فقال يارسول الله عندى عناق خير من شاتى لحم فقال عليــه الصلاة والسلام تجزى عنك ولا تجزى عن أحد بعدك وروى عن البراء بن عازب رضى الله عنهما انه قال خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عيد فقال ان أول نسككم هذه الصلاة ثم الذبح فقام اليــه خالى أبو بردة بن دينار فقال يارسول الله كان يوما نشتهى فيــه اللحم فعجلنا فذبحنا فقال رسول الله صلى الله عليــه وسلم فأبدلها فقال يارسول الله عندى ماعز جذع فقال هى لك وليست لاحد بعدك وروى ان رجلا قدم المدينة بغنم جذاع فلم تنفق معه فذكر ذلك لابى هريرة رضى الله عنه فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول نعمت الاضحية الجذع من الضان وروى الجذع السمين من الضأن فلما سمع الناس هذا الحديث انتهبوها أى تبادروا الى شرائها وتخصيص هذه القربة بسن دون سن أمر لا يعرف الا بالتوقيف فيتبع ذلك (وأما) معانى هذه الاسماء فقد ذكر القدورى رحمه الله ان الفقهاء قالوا الجذع من الغنم ابن ستة أشهر والثنى منه ابن سنة والجذع من البقر ابن ســنة والثنى بن سنتين والجذع من الابل ابن أربع سنين والثنى منها ابن خمس وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى فى الثنى من الابل ما تم له أربع ســنين وطعن فى الخامســة وذكر الزعفرانى فى الاضاحى الجذع ابن ثمــانية أشهر أو تسعة أشهر والثنى من الشاة والمعز ما تم له حول وطعن فى الســنة الثانيــة ومن البقر ما تم له حولان وطعن فى السنة الثالثة ومن الابل ما تم له خمس سنين وطعن فى السنة السادسة وتقدير هذه الاسنان بمــا قلنا لمنع النقصان لا لمنع الزيادة حتى لو ضحى بأقــل من ذلك ســنا لا يجوز ولو ضحى بأكبر من ذلك ســنا يجوز ويكــون أفضل ولا يجوز فى الاضحية حمل ولا جدى ولا عجل ولا فصيل لان الشرع انمــا ورد بالاسنان التى ذكرناها وهذه لا تسمى بها وأما قدره فلا يجوز الشاة والمعز الا عن واحد وان كانت عظيمة سمينة تساوى شاتين مما يجوز أن يضحى بهما لان القياس فى الابل والبقر ان لا يجوز فيهما الاشتراك لان القربة فى هذا الباب اراقة الدم وانها لا تحتمل التجزئة لانها ذبح واحد وانما عرفنا جواز ذلك بالخبر فبقى الامر فى الغنم على أصل القياس فان قيل أليس انه روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين أحدهما عن نفسه والآخر عمن لا يذبح من أمتــه فكيف ضحى بشاة واحدة عن أمته عليه الصلاة والسلام (فالجواب) أنه عليه الصلاة والسلام انما فعل ذلك لاجل الثواب وهو انه جعل ثواب تضحيته بشاة واحــدة لامته لا للاجزاء وسقوط التعبد عنهم ولا يجوز بعير واحــد ولا بقرة واحدة عن أكثر من سبعة ويجوز ذلك عن سبعة أو أقل من ذلك وهذا قول عامة العلماء وقال مالك رحمــه الله يجزى ذلك عن أهل بيت واحد وان زادوا على سبعة ولا يجزى عن أهل بيتين وان كانوا أقل من سبعة والصحيح قول العامة لمــا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة تجزى عن سبعة والبقرة تجزى عن ســبعة وعن جابر رضى الله عنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة من غير فصل بين أهل بيت وبيتين ولان القياس يأبى جوازها عن أكثر من واحــد لمــا ذكرنا ان القربة فى الذبح وانه فعل واحد لا يتجزأ لكنا تركنا القياس بالخبر المقتضى للجواز عن ســبعة مطلقا فيعمل بالقياس فيما وراءه لان البقرة بمنزلة سبع شياه ثم جازت التضحية بسبع شياه عن سبعة سواء كانوا من أهل بيت أو بيتين فكذا البقرة ومنهم من فصــل بين البعير والبقرة فقال البقرة لا تجوز عن أكثر من سبعة فأما البعير فانه يجوز عن عشرة ورووا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال البدنة تجزى عن عشرة ونوع من القياس يؤيده وهو ان الابل أكثر قيمة من البقر ولهذا فضلت الابل على البقر

فى باب الزكاة والديات فتفضل فى الاضحية أيضا (ولنا) ان الاخبار اذا اختلفت فى الظاهر يجب الاخذ بالاحتياط وذلك فيما قلنا لان جوازه عن سبعة ثابت بالاتفاق وفى الزيادة اختلاف فكان الاخذ بالمتفق عليه أخذا بالمتيقن وأما ماذكروا من القياس فقد ذكرنا ان الاشتراك فى هذا الباب معدول به عن القياس واستعمال القياس فيما هو معدول به عن القياس ليس من الفقه ولا شك فى جواز بدنة أو بقرة عن أقل من سبعة بان اشترك اثنان أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو ستة فى بدنة أو بقرة لانه لما جاز السبع فالزيادة أولى وسواء اتفقت الانصباء فى القدر أو اختلفت بان يكون لاحدهم النصف وللآخر الثلث ولآخر السدس بعد ان لا ينقص عن السبع ولو اشترك سبعة فى خمس بقرات أو فى أكثر فذبحوها أجزأهم لان لكل واحد منهم فى كل بقرة سبعها ولو ضحوا ببقرة واحدة أجزأهم فالاكثر أولى ولو اشترك ثمانية فى سبع بقرات لم يجزهم لان كل بقرة بينهم على ثمانية أسهم فيكون لكل واحد منهم أنقص من السبع وكذلك اذا كانوا عشرة أو أكثر فهو على هذا ولو اشترك ثمانية فى ثمانية من البقر فضحوا بها لم تجزهم لان كل بقرة تكون بينهم على ثمانية أسهم وكذلك اذا كان البقر أكثر لم تجزهم ولا رواية فى هذه الفصول وانما قيل انه لا يجوز بالقياس ولو اشترك سبعة فى سبع شياه بينهم فضحوا بها القياس أن لا تجزئهم لان كل شاة تكون بينهم على سبعة أسهم وفى الاستحسان يجزيهم وكذلك لو اشترى اثنان شاتين للتضحية فضحيا بهما بخلاف عبدين بين اثنين عليهما كفارتان فاعتقاهما عن كفارتيهما انه لا يجوز لان الانصباء تجتمع فى الشاتين ولا تجتمع فى الرقيق بدليل انه يجبر على القسمة فى الشاة ولا يجبر فى الرقيق ألا ترى انها لا تقسم قسمة جمع فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعلى هذا ينبغى أن يكون فى الاول قياس واستحسان والمذكور جواب القياس وأما صفته فهى أن يكون سليما عن العيوب الفاحشة وسنذكرها فى بيان شرائط الجواز بعون الله تعالى والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما شرائط جواز اقامة الواجب وهى التضحية فهى فى الاصل نوعان نوع يعم ذبح كل حيوان مأكول ونوع يخص التضحية أما الذى يعم ذبح كل حيوان مأكول فقد ذكرناه فى كتاب الذبائح وأما الذى يخص التضحية فانواع بعضها يرجع الى من عليه التضحية وبعضها يرجع الى وقت التضحية وبعضها يرجع الى محل التضحية أما الذى يرجع الى من عليه التضحية فمنها نية الاضحية لا تجزى الاضحية بدونها لان الذبح قد يكون للحم وقد يكون للقربة والفعل لا يقع قربة بدون النية قال النبى عليه الصلاة والسلام لا عمل لمن لا نية له والمراد منه عمل هو قربة وللقربة جهات من المتعة والقران والاحصار وجزاء الصيد وكفارة الحلق وغيره من المحظورات فلا تتعين الاضحية الا بالنية وقال النبى عليه الصلاة والسلام انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى ويكفيه أن ينوى بقلبه ولا يشترط أن يقول بلسانه ما نوى بقلبه كما فى الصلاة لان النية عمل القلب والذكر باللسان دليل عليها ومنها أن لا يشارك المضحى فيما يحتمل الشركة من لا يريد القربة رأسا فان شارك لم يجز عن الاضحية وكذا هذا فى سائر القرب سوى الاضحية اذا شارك المتقرب من لا يريد القربة لم يجز عن القربة كما فى دم المتعة والقران والاحصار وجزاء الصيد وغير ذلك وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله هذا ليس بشرط حتى لو اشترك سبعة فى بعير أو بقرة كلهم يريدون القربة الاضحية أو غيرها من وجوه القرب الا واحد منهم يريد اللحم لا يجزى واحدا منهم من الاضحية ولا من غيرها من وجوه القرب عندنا وعنده يجزى (وجه) قوله ان الفعل انما يصير قربة من كل واحد بنيته لا بنية صاحبه فعدم النية من أحدهم لا يقدح فى قربة الباقين (ولنا) ان القربة فى اراقة الدم وانها لا تتجزأ لانها ذبح واحد فان لم يقع قربة من البعض لا يقع قربة من الباقين ضرورة عدم التجزؤ ولو أرادوا القربة الاضحية أو غيرها من القرب أجزأهم سواء كانت القربة واجبة أو تطوعا أو وجبت على البعض دون البعض وسواء اتفقت جهات القربة أو اختلفت بان أراد بعضهم الاضحية وبعضهم جزاء الصيد وبعضهم هدى الاحصار وبعضهم كفارة شئ أصابه فى احرامه وبعضهم هدى التطوع وبعضهم دم المتعة والقران وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال

زفر رحمه الله لا يجوز الا اذا اتفقت جهات القربة بان كان الكل بجهة واحدة (وجه) قوله ان القياس يأبى الاشتراك لان الذبح فعل واحد لا يتجزأ فلا يتصور أن يقع بعضه عن جهة و بعضه عن جهة أخرى لانه لا بعض له الا عند الاتحاد فعند الاتحاد جعلت الجهات كجهة واحدة وعند الاختلاف لا يمكن فبقى الامر فيه مردودا الى القياس (ولنا) ان الجهات وان اختلفت صورة فهى فى المعنى واحد لان المقصود من الكل التقرب الى الله عز شأنه وكذلك ان أراد بعضهم العقيقة عن ولد ولد له من قبل لان ذلك جهة التقرب الى الله تعالى عز شأنه بالشكر على ما أنعم عليه من الولد كذا ذكر محمد رحمه الله فى نوادر الضحايا ولم يذكر ما اذا أراد أحدهم الوليمة وهى ضيافة التزويج و ينبغى ان يجوز لانها انما تقام شكر الله تعالى عز شأنه على نعمة النكاح وقد وردت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أولم ولو بشاة فاذا قصد بها الشكر أو اقامة السنة فقد أراد بها التقرب الى الله عز شأنه و روى عن أبى حنيفة رحمه الله كره الاشتراك عند اختلاف الجهة و روى عنه انه قال لو كان هذا من نوع واحد لكان أحب الى وهكذا قال أبو يوسف رحمه الله ولو كان أحد الشركاء ذميا كتابيا أو غير كتابى وهو يريد اللحم أو أراد القربة فى دينه لم يجزهم عندنا لان الكافر لا تتحقق منه القربة فكانت نيته ملحقة بالعدم فكان مريد اللحم والمسلم لو أراد اللحم لا يجوز عندنا فالكافر أولى وكذلك اذا كان أحدهم عبدا أو مدبرا و يريد الاضحية لان نيته باطلة لانه ليس من أهل هذه القربة فكان نصيبه لحما فيمتنع الجواز أصلا وان كان أحد الشركاء ممن يضحى عن ميت جاز و روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يجوز وذكر فى الاصل اذا اشترك سبعة فى بدنة فمات أحدهم قبل الذبح فرضى ورثته أن يذبح عن الميت جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز (وجه) القياس انه لما مات أحدهم فقد سقط عنه الذبح وذبح الوارث لا يقع عنه اذ الاضحية عن الميت لا تجوز فصار نصيبه اللحم وانه يمنع من جواز ذبح الباقين من الاضحية كما لو أراد أحدهم اللحم فى حال حياته (وجه) الاستحسان أن الموت لا يمنع التقرب عن الميت بدليل أنه يجوز أن يتصدق عنه و يحج عنه وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أحدهما عن نفسه والآخر عمن لا يذبح من أمته وان كان منهم من قد مات قبل أن يذبح فدل ان الميت يجوز أن يتقرب عنه فاذا ذبح عنه صار نصيبه للقربة فلا يمنع جواز ذبح الباقين ولو اشترى رجل بقرة يريد أن يضحى بها ثم أشرك فيها بعد ذلك قال هشام سألت أبا يوسف فأخبرنى ان أبا حنيفة رحمه الله قال أكره ذلك و يجزيهم أن يذبحوها عنهم قال وكذلك قول أبى يوسف قال قلت لابى يوسف ومن نيته أن يشرك فيها قال لا أحفظ عن أبى حنيفة رحمه الله فيها شيأ ولكن لا أرى بذلك بأسا وقال فى الاصل قال أرأيت فى رجل اشترى بقرة يريد أن يضحى بها عن نفسه فأشرك فيها بعد ذلك ولم يشركهم حتى اشتراها فأتاه انسان بعد ذلك فأشركه حتى استكمل يعنى انه صار ستا بعهم هل يجزى عنهم قال نعم استحسن وان فعل ذلك قبل أن يشتريها كان أحسن وهذا محمول على الغنى اذا اشترى بقرة لاضحيته لانها لم تتعين لوجوب التضحية بها وانما يقيمها عند الذبح مقام ما يجب عليه أو واجب عليه فيخرج عن عهدة الواجب بالفعل فيما يقيمه فيه فيجوز اشتراكهم فيها وذبحهم الا أنه يكره لانه لما اشتراها ليضحى بها فقد وعد وعدا فيكره أن يخلف الوعد فأما اذا كان فقيرا فلا يجوز له أن يشرك فيها لانه أوجبها على نفسه بالشراء للاضحية فتعينت للوجوب فلا يسقط عنه ما أوجبه على نفسه وقد قالوا فى مسألة الغنى اذا أشرك بعد ما اشتراها للاضحية انه ينبغى أن يتصدق بالثمن وان لم يذكر ذلك محمد رحمه الله لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام دينارا وأمره أن يشترى له أضحية فاشترى شاة فباعها بدينارين واشترى بأحدهما شاة وجاء الى النبى عليه الصلاة والسلام بشاة ودينار وأخبره بما صنع فقال له عليه الصلاة والسلام بارك الله فى صفقة يمينك وأمر عليه الصلاة والسلام أن يضحى بالشاة و يتصدق بالدينار لما أنه قصد اخراجه للاضحية كذا ههنا (ومنها) أن تكون نية الاضحية مقارنة للتضحية كما فى باب الصلاة لان النية معتبرة فى الاصل فلا يسقط اعتبار القران الا لضرورة كما فى باب الصوم لتعذر قران النية لوقت الشروع لما فيه من الحرج (ومنها) اذن صاحب

الاضحية بالذبح اما نصاً أو دلالة اذا كان الذابح غيره فان لم يوجد لا يجوز لان الاصل فيما يعمله الانسان أن يقع للعامل وانما يقع لغيره باذنه وأمره فاذا لم يوجد لا يقع له وعلى هذا يخرج ما اذا غصب شاة انسان فضحى بها عن صاحبها من غير اذنه واجازته انه لا يجوز ولو اشترى شاة للاضحية فأضجعها وشد قوائمها في أيام النحر فجاء انسان فذبحها جاز استحسانا لوجود الاذن منه دلالة لما بينا فيما تقدم وأما الذي يرجع الى وقت التضحية فهو انها لا تجوز قبل دخول الوقت لان الوقت كما هو شرط الوجوب فهو شرط جواز اقامة الواجب كوقت الصلاة فلا يجوز لاحد أن يضحي قبل طلوع الفجر الثاني من اليوم الاول من أيام النحر ويجوز بعد طلوعه سواء كان من أهل المصر أو من أهل القرى غير ان للجواز في حق أهل المصر شرطاً زائداً وهو أن يكون بعد صلاة العيد لا يجوز تقديمها عليه عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا مضى من الوقت مقدار ما صلى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة العيد جازت الاضحية وان لم يصل الامام والصحيح قولنا لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من ذبح قبل الصلاة فليعد أضحيته وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال أول نسكنا في يومنا هذا الصلاة ثم الذبح وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في حديث البراء بن عازب رضي الله عنه من كان منكم ذبح قبل الصلاة فانما هي غدوة أطعمه الله تعالى انما الذبح بعد الصلاة فقد رتب النبي عليه الصلاة والسلام الذبح على الصلاة وليس لاهل القرى صلاة العيد فلا يثبت الترتيب في حقهم وان أخر الامام صلاة العيد فليس للرجل أن يذبح أضحيته حتى ينتصف النهار فان اشتغل الامام فلم يصل العيد أو ترك ذلك متعمداً حتى زالت الشمس فقد حل الذبح بغير صلاة في الايام كلها لانه لما زالت الشمس فقد فات وقت الصلاة وانما يخرج الامام في اليوم الثاني والثالث على وجه القضاء والترتيب شرط في الاداء لا في القضاء كذا ذكره القدوري رحمه الله وان كان يصلى في المصر في موضعين بأن كان الامام قد خلف من يصلي بضعفة الناس في الجامع وخرج هو بالآخرين الى المصلى وهو الجبانة ذكر الكرخي رحمه الله انه اذا صلى أهل أحد المسجدين أيهما كان جاز ذبح الاضاحي وذكر في الاصل اذا صلى أهل المسجد فالقياس أن لا يجوز ذبح الاضحية وفي الاستحسان يجوز (وجه) القياس ان صلاة العيد لما كانت شرطاً لجواز الاضحية في حق أهل المصر فاعتبار صلاة أهل أحد الموضعين يقتضي أن يجوز واعتبار صلاة أهل الموضع الآخر يقتضي أن لا يجوز فلا يحكم بالجواز بالشك بل يحكم بعدم الجواز احتياطا (وجه) الاستحسان ان الشرط صلاة العيد والصلاة في المسجد الجامع تجزى عن صلاة العيد بدليل أنهم لو اقتصروا عليها جاز ويقع الاكتفاء بذلك فقد وجد الشرط فجاز وكذا في الحديث الذي روينا ترتيب الذبح على الصلاة مطلقاً وقد وجدت ولو سبق أهل الجبانة بالصلاة قبل أهل المسجد لم يذكر هذا في الاصل وقيل لا رواية في هذا وذكر الكرخي رحمه الله ان هذا كصلاة أهل المسجد فعلى قوله يكون فيه قياس واستحسان كما اذا صلى أهل المسجد واختلف المتأخرون منهم من قال يجب أن يكون هذا جائزاً قياساً واستحسانا لان الاصل في صلاة العيد صلاة من في الجبانة وانما يصلي من يصلي في المسجد لعذر فوجب اعتبار الاصل دون غيرهم ومنهم من أثبت فيه القياس والاستحسان كما في المسئلة الاولى ووجهها ما ذكرنا ومنهم من قال لا تجوز الاضحية بصلاة أهل الجبانة حتى يصلي أهل المسجد لان الصلاة في المسجد هي الاصل بدليل سائر الصلوات وانما يخرج الامام الى الجبانة لضرورة ان المسجد لا يتسع لهم فيجب اعتبار الاصل ولو ذبح والامام في خلال الصلاة لا يجوز وكذا اذا ضحى قبل أن يقعد قدر التشهد ولو ذبح بعد ما قعد قدر التشهد قبل السلام قالوا على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز كما لو كان في خلال الصلاة وعلى قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز بناء على أن خروج المصلي من الصلاة بصفة فرض عنده وعندهما ليس بفرض ولو ضحى قبل فراغ الامام من الخطبة أو قبل الخطبة جاز لان النبي عليه الصلاة والسلام رتب الذبح على الصلاة لا على الخطبة فبما روينا من الاحاديث فدل ان العبرة للصلاة لا للخطبة ولو صلى الامام صلاة العيد وذبح رجل اضحيته ثم تبين أنه يوم عرفة فعلى الامام أن يعيد

الصلاة من الغد وعلى الرجل أن يعيد الاضحية لانه تبين ان الصلاة والاضحية وقعتا قبل الوقت فلم يجز وان تبين ان الامام كان على غير وضوء فان علم ذلك قبل أن يتفرق الناس يعيد بهم الصلاة باتفاق الروايات وهل يجوز ماضحى قبل الاعادة ذكر فى بعض الروايات انه يجوز لانه ذبح بعد صلاة يجيزها بعض الفقهاء وهو الشافعى رحمه الله لان فساد صلاة الامام لا يوجب فساد صلاة المقتدى عنده فكانت تلك صلاة معتبرة عنده فعلى هذا يعيد الامام وحده ولا يعيد القوم وذلك استحسانا وذكر فى اختلاف زفر رحمه الله أنه يعيد بهم الصلاة ولا يجوز ماضحى قبل اعادة الصلاة وان تفرق الناس عن الامام ثم علم بعد ذلك فقد ذكر فى بعض الروايات ان الصلاة لا تعاد وقد جازت الاضحية عن المضحى لانها صلاة قد جازت فى قول بعض الفقهاء فترك اعادتها بعد تفرق الناس أحسن من أن ينادى الناس أن يجتمعوا ثانيا وهو أيسر من أنه تبطل أضاحيهم وروى عن أبى حنيفة رحمه الله انه تعاد الاضحية ولا تعاد بهم الصلاة لان اعادة الاضحية أيسر من اعادة الصلاة وروى أيضا أنه ينادى بهم حتى يجتمعوا ويعيد بهم الصلاة قال البلخى رحمه الله فعلى هذا القياس لا تجزى ذبيحة من ذبح قبل اعادة الصلاة إلا أن تكون الشمس قد زالت فتجزى ذبيحة من ذبح فى قولهم جميعاً وسقطت عنهم الصلاة ولو شهد ناس عند الامام بعد نصف النهار وبعد ما زالت الشمس ان ذلك اليوم هو العاشر من ذى الحجة جاز لهم أن يضحوا ويخرج الامام من الغد فيصلى بهم صلاة العيد وان علم فى صدر النهار انه يوم النحر فشغل الامام عن الخروج أو غفل فلم يخرج ولم يامر أحداً يصلى بهم فلا ينبغى لاحد أن يضحى حين يصلى الامام الى أن تزول الشمس فاذا زالت قبل أن يخرج الامام ضحى الناس وان ضحى أحد قبل ذلك لم يجز ولو صلى الامام صلاة العيد وذبح رجل أضحيته ثم تبين للامام ان يوم العيد كان بالامس جازت الصلاة وجاز للرجل أضحيته ولو وقعت فتنة فى مصر ولم يكن لها امام من قبل السلطان يصلى بهم صلاة العيد فالقياس فى ذلك أن يكون وقت النحر فى ذلك المصر بعد طلوع الفجر يوم النحر بمنزلة القرى التى لا يصلى فيها ولكن يستحسن أن يكون وقت نحرهم بعد زوال الشمس من يوم النحر لان الموضع موضع الصلاة ألا ترى ان الامام لو كان حاضراً كان عليهم أن يصلوا الا أنه امتنع أداؤها العارض فلا يتغير حكم الاصل كما لو كان الامام حاضراً فلم يصل لعارض أسباب من مرض أو غير ذلك وهناك لا يجوز الذبح الا بعد الزوال كذا ههنا ولو ذبح أضحيته بعد الزوال من يوم عرفة ثم ظهر ان ذلك اليوم كان يوم النحر جازت الاضحية عندنا لان الذبح حصل فى وقته فيجزيه والله عزشأنه أعلم هذا اذا كان من عليه الاضحية فى المصر والشاة فى المصر فان كان هو فى المصر والشاة فى الرستاق أو فى موضع لا يصلى فيه وقد كان أمر أن يضحوا عنه فضحوا بها بعد طلوع الفجر قبل صلاة العيد فانها تجزيه وعلى عكسه لو كان هو فى الرستاق والشاة فى المصر وقد أمر من يضحى عنه فضحوا بها قبل صلاة العيد فانها لا تجزيه وانما يعتبر فى هذا مكان الشاة لا مكان من عليه هكذا ذكر محمد عليه الرحمة فى النوادر وقال انما أنظر الى محل الذبح ولا أنظر الى موضع المذبوح عنه وهكذا روى الحسن عن أبى يوسف رحمه الله يعتبر المكان الذى يكون فيه الذبح ولا يعتبر المكان الذى يكون فيه المذبوح عنه وانما كان كذلك لان الذبح هو القربة فيعتبر مكان فعلها لا مكان المفعول عنه وان كان الرجل فى مصر وأهله فى مصر آخر فكتب اليهم أن يضحوا عنه روى عن أبى يوسف أنه اعتبر مكان الذبيحة فقال ينبغى لهم أن لا يضحوا عنه حتى يصلى الامام الذى فيه أهله وان ضحوا عنه قبل أن يصلى لم يجزه وهو قول محمد عليه الرحمة وقال الحسن بن زياد انتظرت الصلاتين جميعاً وان شكوا فى وقت صلاة المصر الآخر انتظرت به الزوال فعنده لا يذبحون عنه حتى يصلوا فى المصرين جميعاً وان وقع لهم الشك فى وقت صلاة المصر الآخر لم يذبحوا حتى تزول الشمس فاذا زالت ذبحوا عنه (وجه) قول الحسن ان فيما قلنا اعتبار الحالين حال الذبح وحال المذبوح عنه فكان أولى ولابى يوسف ومحمد رحمهما الله ان القربة فى الذبح والقربات المؤقتة يعتبر وقتها فى حق فاعلها لا فى حق المفعول عنه ويجوز الذبح فى أيام النحر نهرها ولياليها وهما ليلتان ليلة اليوم الثانى وهى ليلة الحادى عشر وليلة اليوم الثالث وهى ليلة الثانى

عشر ولا يدخل فيها ليلة الاضحى وهى ليلة العاشر من ذى الحجة لقول جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أيام النحر ثلاثة وذكر الايام يكون ذكر الليالى لغة قال الله عز شأنه فى قصة زكريا عليه الصلاة والسلام ثلاثة أيام الا رمزا وقال عز شأنه فى موضع آخر ثلاث ليال سويا والقصة قصة واحدة الا أنه لم يدخل فيها الليلة العاشرة من ذى الحجة لانه استتبعها النهار الماضى وهو يوم عرفة بدليل ان من أدركها فقد أدرك الحج كما لو أدرك النهار وهو يوم عرفة فاذا جعلت تابعة للنهار الماضى لا تتبع النهار المستقبل فلا تدخل فى وقت التضحية وتدخل الليلتان بعدها غير أنه يكره الذبح بالليل لا لانه ليس بوقت للتضحية بل لمعنى آخر ذكرناه فى كتاب الذبائح والله عز شأنه أعلم وأما الذى يرجع الى محل التضحية فنوعان أحدهما سلامة المحل عن العيوب الفاحشة فلا تجوز العمياء ولا العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها وهى التى لا تقدر تمشى برجلها الى المنسك والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى وهى المهزولة التى لا نقى لها وهو المخ ومقطوعة الاذن والالية بالكلية والتى لا أذن لها فى الخلقة وسئل محمد رحمه الله عن ذلك فقال أيكون ذلك فان كان لا يجزى ويجزى السكاء وهى صغيرة الاذن ولا يجوز مقطوعة احدى الاذنين بكمالها والتى لها أذن واحدة خلقة والاصل فى اعتبار هذه الشروط ما روى عن البراء بن عازب رضى الله عنهما أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تجزى من الضحايا أربع العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال استشرفوا العين والاذن أى تأملوا سلامتهما عن الآفات وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يضحى بعضباء الاذن ولو ذهب بعض هذه الاعضاء دون بعض من الاذن والالية والذنب والعين ذكر فى الجامع الصغير ينظر فان كان الذاهب كثيرا يمنع جواز التضحية وان كان يسيرا لا يمنع لان اليسير مما لا يمكن التحرز عنه اذ الحيوان لا يخلو عن عادة فلو اعتبر مانعا لضاق الامر على الناس ووقعوا فى الحرج واختلف أصحابنا فى الحد الفاصل بين القليل والكثير فعن أبى حنيفة رحمه الله أربع روايات روى محمد رحمه الله عنه فى الاصل وفى الجامع الصغير أنه ان كان ذهب الثلث أو أقل جاز وان كان أكثر من الثلث لا يجوز وروى أبو يوسف رحمه الله أنه ان كان ذهب الثلث لا يجوز وان كان أقل من ذلك جاز وقال أبو يوسف رحمه الله ذكرت قولى لابى حنيفة رحمه الله فقال قولى مثل قولك وقول أبى يوسف أنه ان كان الباقى أكثر من الذاهب يجوز وان كان أقل منه أو مثله لا يجوز وروى أبو عبد الله البلخى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه اذا ذهب الربع لم يجزه وذكر الكرخى قول محمد مع قول أبى حنيفة فى روايته عنه فى الاصل وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى قوله مع قول أبى يوسف (وجه) قول أبى يوسف وهو احدى الروايات عن أبى حنيفة ان القليل والكثير من الاسماء الاضافية فما كان مضافه أقل منه يكون كثيرا وما كان أكثر منه يكون قليلا الا أنه قد قال بعدم الجواز اذا كانا سواء احتياطا لاجتماع جهة الجواز وعدم الجواز الا أنه يعتبر بقاء الاكثر للجواز ولم يوجد وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه نهى عن العضباء قال سعيد ابن المسيب العضباء التى ذهب أكثر أذنها فقد اعتبر النبى عليه الصلاة والسلام الاكثر وأما وجه رواية اعتبار الربع كثيرا فلانه يلحق بالكثير فى كثير من المواضع كما فى مسح الرأس والحلق فى حق المحرم ففى موضع الاحتياط أولى وأما وجه رواية اعتبار الثلث كثيرا فلقول النبى عليه الصلاة والسلام فى باب الوصية الثلث والثلث كثير جعل عليه الصلاة والسلام الثلث كثيرا مطلقا وأما وجه رواية اعتباره قليلا فاعتباره بالوصية لان الشرع جوز الوصية بالثلث ولم يجوز بما زاد على الثلث فدل أنه اذا لم يزد على الثلث لا يكون كثيرا وأما الهتماء وهى التى لا أسنان لها فان كانت ترعى وتعتلف جازت والا فلا وذكر فى المنتقى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه ان كان لا يمنعها عن الاعتلاف تجزيه وان كان يمنعها عن الاعتلاف الا ان يصب فى جوفها صبا لم تجزه وقال أبو يوسف فى قول لا تجزى سواء اعتلفت أو لم تعتلف وفى قول ان ذهب أكثر اسنانها لا تجزى كما قال فى الاذن والالية والذنب وفى قول ان بقى من أسنانها قدر ما تعتلف تجزى والا فلا وتجوز الثولاء وهى المجنونة الا اذا كان ذلك يمنعها عن الرعى والاعتلاف فلا تجوز لانه يفضى الى

هــلا كما فكان عيباً فاحشاً وتجوز الجرباء اذا كانت سمينة فان كانت مهزولة لا تجوز وتجزى الجماء وهى التى لا قرن لها خلقة وكذا مكسورة القرن تجزى لمــا روى ان سيدنا عليا رضى الله عنه سئل عن القرن فقال لا يضرك أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن و روى ان رجلا من همذان جاء الى سيدنا على رضى الله عنه فقال يا أمير المؤمنين البقرة عن كم قال عن سبعة ثم قال مكسورة القرن قال لا ضير ثم قال عرجاء فقال اذا بلغت المنسك ثم قال سـيدنا على كرم الله وجهه أمرنا رسول الله صـلى الله عليـه وسلم انا نستشرف العين والاذن فان بلغ الكسر المشاش لا تجزيه والمشاش رؤس العظام مثـل الركبتين والمرفقين وتجزى الشرقاء وهى مشقوقـة الاذن طولا وما روى أن رسول الله صلى الله عليـه وسلم نهى أن يضحى بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمـدابرة فالخرقاء هى مشقوقة الاذن والمقابلة هى التى يقطع من مقدم أذنها شىء ولا يبان بل يترك معلقاً والمـدابرة أن يفعـل ذلك بمؤخر الاذن من الشاة فالنهى فى الشرقاء والمقابلة والمـدابرة محمول على الندب وفى الخرقاء على الكثير على اختلاف الاقاويل فى حـد الكثير على ما بينا ولا بأس بما فيه سمة فى أذنه لان ذلك لا يعد عيباً فى الشاة ولانه عيب يسير أو لان السمة لا يخلو عنها الحيوان ولا يمكن التحرز عنها ولو اشترى رجل أضحية وهى سمينة فعجفت عنده حتى صارت بحيث لو اشتراها على هذه الحالة لم تجزه ان كان موسرا وان كان معسرا أجزاته لان الموسر تجب عليه الاضحية فى ذمته وانما أقام ما اشترى لها مقام ما فى الذمة فاذا نقصت لا تصلح أن تقام مقام ما فى الذمة فبقى ما فى ذمته بحاله وأما الفقير فلا أضحية فى ذمته فاذا اشتراها للاضحية فقد تعينت الشاة المشتراة للقربة فكان نقصانها كهلاكها حتى لو كان الفقير أوجب على نفسه أضحية لا تجوز هذه لانها وجب عليـه بايجابه فصار كالغنى الذى وجبت عليه بايجاب الله عز شأنه ولو اشترى أضحية وهى صحيحة ثم اعورت عنـده وهو موسر او قطعت أذنها كلها أو اليتها أو ذنبها أو انكسرت رجلها فـلم تستطع أن تمشى لا تجزى عنه وعليـه مكانها أخرى لمـا بينا بخلاف الفقير وكذلك ان ماتت عنده أو سرقت ولو قدم أضحية ليذبحهـا فاضطربت فى المكان الذى يذبحها فيه فانكسرت رجلها ثم ذبحها على مكانها أجزأه وكذلك اذا انقلبت منـه الشفرة فاصابت عينها فذهبت والقياس أن لا تجوز (وجه) القياس ان هـذا عيب دخلها قبل تعيين القربة فيها فصار كما لو كان قبل حال الذبح (وجـه) الاستحسان ان هذا ممـا لا يمكن الاحتراز عنـه لان الشاة تضطرب فتلحقها العيوب من اضطرابها و روى عن أبى يوسف أنه قال لو عالج أضحية ليذبحها فكسرت أو اعورت فذبحها ذلك اليوم أو من الغد فانها تجزى لان ذلك النقصان لمـا لم يعتد به فى الحال لو ذبحها فكذا فى الثانى كالنقصان اليسير والله عز شأنه أعلم والثانى ملك المحل وهو أن يكون المضحى ملك من عليـه الاضحية فان لم يكن لا تجوز لان التضحية قربة ولا قربة فى الذبح بملك الغير بغير اذنه وعلى هـذا يخرج ما اذا اغتصب شاة انسان فضحى بها عن نفسه أنه لا تجزيه لعدم الملك ولا عن صاحبها لعدم الاذن ثم ان أخذها صاحبها مذبوحة وضمنه النقصان فكذلك لا تجوز عن التضحية وعلى كل واحد منهما أن يضحى باخرى لما قلنا وان ضمنه صاحبها قيمتها حيـة فانها تجزى عن الذابح لانه ملكها بالضمان من وقت الغصب بطريق الظهور والاستناد فصار ذابحا شاة هى ملكه فتجزيه لكنه يأثم لان ابتـداء فعله وقع محظورا فتلزمه التوبة والاستغفار وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا تجزى عن الذابح أيضا بناء على ان المضمونات تملك بالضمان عندنا وعند زفر لا تملك وبه أخذ الشافعى وأصـل المسئلة فى كتاب الغصب وكذلك اذا اغتصب شاة انسان كان اشتراها للاضحية فضحاها عن نفسه بغير امره لمـا قلنا وكذلك الجواب فى الشاة المستحقة بان اشترى شاة ليضحى بها فضحى بها ثم استحقها رجل بالبينة أنه ان أخذها المستحق مذبوحة لا تجزى عن واحد منهما وعلى كل واحد منهما أن يضحى بشاة أخرى مادام فى أيام النحر وان مضت أيام النحر فعلى الذابح أن يتصدق بقيمة شاة وسط ولا يلزمـه التصدق بقيمة تلك الشاة المشتراة لانه بالاستحقاق تبين ان شراءه اياها للاضحية والعدم بمنزلة بخلاف ما اذا اشترى شاة للاضحية ثم باعها حيث يلزمه التصـدق بقيمتها لان شراءه اياها للاضحية قد صح لوجود الملك فيجب عليـه

التصدق بقيمتها وان تركها عليه وضمنه قيمتها جاز الذبح عندنا كما في الغصب ولو أودع رجل رجلا شاة يضحى بها المستودع عن نفسه يوم النحر فاختار صاحبها القيمة ورضى بها فاخذها فانها لا تجزى المستودع من أضحيته بخلاف الشاة المغصوبة والمستحقة ووجه الفرق ان سبب وجوب الضمان ههنا هو الذبح والملك ثبت بعد تمام السبب وهو الذبح فكان الذبح مصادفا ملك غيره فلا يجزيه بخلاف الغاصب فانه كان ضامنا قبل الذبح لوجود سبب وجوب الضمان وهو الغصب السابق فعند اختيار الضمان أو أدائه يثبت الملك له من وقت السبب وهو الغصب فالذبح صادف ملك نفسه فجاز وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية والاجارة بان استعار ناقة أو ثوراً أو بعيراً أو استأجره فضحى به أنه لا يجزيه عن الاضحية سواء أخذها المالك أو ضمنه القيمة لانها أمانة في يده وانما يضمنها بالذبح فصار كالوديعة ولو كان مرهونا ينبغى أن يجوز لانه يصير ملكه من وقت القبض كما في الغصب بل أولى ومن المشايخ من فصل في الرهن تفصيلا لا بأس به فقال ان كان قدر الرهن مثل الدين أو أقل منه يجوز فاما اذا كانت قيمته أكثر من الدين فينبغى أن لا يجوز لانه اذا كان كذلك كان بعضه مضمونا وبعضه أمانة ففي قدر الامانة انما يضمنه بالذبح فيكون بمنزلة الوديعة ولو اشترى شاة بيعاً فاسدا فقبضها فضحى بها جاز لانه يملكها بالقبض وللبائع أن يضمنه قيمتها حية ان شاء وان شاء أخذها مذبوحة لان الذبح لا يبطل حقه في الاسترداد فان ضمنه قيمتها حية فلا شيء على المضحى وان أخذها مذبوحة فعلى المضحى أن يتصدق بقيمتها مذبوحة لانه بالرد أسقط الضمان عن نفسه فصار كانه باعها بمقدار القيمة التي وجبت عليه وكذلك لو وهب له شاة هبة فاسدة فضحى بها فالواهب بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها حية وتجوز الاضحية ويأكل منها وان شاء استردها واسترد قيمة النقصان ويضمن الموهوب له قيمتها فيتصدق بها اذا كان بعد مضى وقت الاضحية وكذلك المريض مرض الموت لو وهب شاة من رجل في مرضه وعليه دين مستغرق فضحى بها الموهوب له فالغرماء بالخيار ان شاؤا استردوا عينها وعليه أن يتصدق بقيمتها وان شاؤا ضمنوه قيمتها فتجوز الاضحية لان الشاة كانت مضمونة عليه فاذا ردها فقد أسقط الضمان عن نفسه كما قلنا في البيع الفاسد ولو اشترى شاة بثوب فضحى بها المشترى ثم وجد البائع بالثوب عيبا فرده فهو بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الشاة ولا يتصدق المضحى ويجوز له الاكل وان شاء استردها ناقصة مذبوحة فبعد ذلك ينظر ان كانت قيمة الثوب أكثر يتصدق بالثوب كانه باعها بالثوب وان كانت قيمة الشاة أكثر يتصدق بقيمة الشاة لان الشاة كانت مضمونة عليه فيرد ما أسقط الضمان عن نفسه كانه باعها بثمن ذلك القدر من قيمتها فيتصدق بقيمتها ولو وجد بالشاة عيبا فالبائع بالخيار ان شاء قبلها ورد الثمن ويتصدق المشترى بالثمن الا حصة النقصان لانه لم يوجب حصة النقصان على نفسه وان شاء لم يقبل ورد حصة العيب ولا يتصدق المشترى بها لان ذلك النقصان لم يدخل في القربة وانما دخل في القربة ما ذبح وقد ذبح ناقصا الا في جزاء الصيد فانه ينظر ان لم يكن مع هذا العيب عدلا للصيد فعليه أن يتصدق بالفضل لما ذكر ولو وهب لرجل شاة فضحى بها الموهوب له أجزأته عن الاضحية لانه ملكها بالهبة والقبض فصار كما لو ملكها بالشراء فلو أنه ضحى بها ثم أراد الواهب أن يرجع في هبته فعند أبي يوسف رحمه الله ليس له ذلك بناء على أن الاضحية بمنزلة الوقف عنده فاذا ذبحها الموهوب له عن أضحيته أو أوجبها أضحية لا يملك الرجوع فيها كما لو أعتق الموهوب له العبد أنه ينقطع حق الواهب عن الرجوع كذا ههنا وعند محمد عليه الرحمة له ذلك لان الذبح نقصان والنقصان لا يمنع الرجوع ولا يجب على المضحى أن يتصدق بشيء لان الشاة لم تكن مضمونة عليه فصار في الحكم بمنزلة ابتداء الهبة ولو وهبها أو استهلكها لا شيء عليه هذا ولو كان هذا في جزاء الصيد أو في كفارة الحلق أو في موضع يجب عليه التصدق باللحم فاذا رجع الواهب في الهبة فعليه أن يتصدق بقيمتها لان التصدق واجب عليه فصار كما اذا استهلكها ولانه ذبح شاة لغيره حق الرجوع فيها فصار كانه هو الذى دفع اليه والرجوع في الهبة بقضاء وبغير قضاء سواء في هذا الفصل يفترق الجواب بين ما يجب صدقة وبين ما لا يجب

وفي الفصول الاول يستوي الجواب بينهما ولو وهب المريض مرض الموت شاة لانسان وقبضها الموهوب له فضحاها ثم مات الواهب من مرضه ذلك ولا مال له غيرها فالورثة بالخيار ان شاؤا ضمنوا الموهوب له ثلثي قيمتها حية وان شاؤا أخذوا ثلثيها مذبوحة فان ضمنوه ثلثي قيمتها حية فلا شئ على الموهوب له لانها لو كانت مغصوبة فضمن قيمتها لا شئ عليه غير ذلك فهذه أولى وان أخذوا ثلثيها اختلف المشايخ فيه قال بعضهم القياس أن يتصدق بثلثي قيمتها حية لان الموهوب له قد ضمن ثلثي قيمتها حية ثم سقط عنه ثلث قيمتها حية يأخذ الورثة منه ثلثي الشاة مذبوحة فصار كأنه باعها بذلك وقضى دينا عليه بثلثي الشاة فعليه أن يتصدق بذلك القدر وقال بعضهم لا شئ عليه الا ثلثي قيمتها مذبوحة لان الورثة لما أخذوا ثلثيها مذبوحة فقد أبرأوا الموهوب له من فضل ما بين ثلثي قيمتها حية الى ثلثي قيمتها مذبوحة فلا يجب على الموهوب له الا ثلثا قيمتها مذبوحة وهكذا ذكر في نوادر الضحايا عن محمد عليه الرحمة في هذه المسألة أن الورثة بالخيار ان شاؤا ضمنوا ثلثي قيمة الشاة وسلموا له لحمها وان شاؤا أخذوا ثلثي لحمها وكانوا شركاءه فيها فان ضمنوا ثلثي القيمة أجزأت عنه الاضحية وان شاركوه فيها وأخذوا ثلثي لحمها فعليه أن يتصدق بثلثي قيمتها مذبوحة وقد أجزأت عنه من قبل أنه ذبحها وهو يملكها والله عز شأنه أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يستحب قبل التضحية وعندها وبعدها وما يكره أما الذي هو قبل التضحية فيستحب أن يربط الاضحية قبل أيام النحر بأيام لما فيه من الاستعداد للقربة واظهار الرغبة فيها فيكون له فيه أجر وثواب وأن يقلدها ويجللها اعتبارا بالهدايا والجامع أن ذلك يشعر بتعظيمها قال الله تعالى ذلك ومن يعظم شعائر الله فانها من تقوى القلوب وأن يسوقها الى المنسك سوقا جميلا لا عنيفا وان لا يجر برجلها الى المذبح كما ذكرنا في كتاب الذبائح ولو اشترى شاة للاضحية فيكره أن يحلبها أو يجز صوفها فينتفع به لانه عينها للقربة فلا يحل له الانتفاع بجزء من أجزائها قبل اقامة القربة فيها كما لا يحل له الانتفاع بلحمها اذا ذبحها قبل وقتها ولان الحلب والجز يوجب نقصا فيها وهو ممنوع عن ادخال النقص في الاضحية ومن المشايخ من قال هذا في الشاة المنذور بها بعينها من المعسر أو الموسر أو الشاة المشتراة للاضحية من المعسر فأما المشتراة من الموسر للاضحية فلا بأس أن يحلبها ويجز صوفها لان في الاول تعينت الشاة لوجوب التضحية بها بدليل أنه لا تقوم التضحية بغيرها مقامها واذا تعينت لوجوب التضحية بها بتعيينه لا يجوز له الرجوع في جزء منها وفي الثاني لم تتعين للوجوب بل الواجب في ذمته وانما يسقط بها ما في ذمته بدليل أن غيرها يقوم مقامها فكانت جائزة الذبح لا واجبة الذبح والجواب على نحو ما ذكرنا فيما تقدم أن المشتراة للاضحية متعينة للقربة الى أن يقام غيرها مقامها فلا يحل الانتفاع بها ما دامت متعينة ولهذا لا يحل له لحمها اذا ذبحها قبل وقتها فان كان في ضرعها لبن وهو يخاف عليها ان لم يحلبها نضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقلص اللبن لانه لا سبيل الى الحلب ولا وجه لابقائها كذلك لانه يخاف عليها الهلاك فيتضرر به فتعين نضح الضرع بالماء البارد لينقطع اللبن فيندفع الضرر فان حلب تصدق باللبن لانه جزء من شاة متعينة للقربة ما أقيمت فيها القربة فكان الواجب هو التصدق به كما لو ذبحت قبل الوقت فعليه أن يتصدق بمثله لانه من ذوات الامثال وان تصدق بقيمته جاز لان القيمة تقوم مقام العين وكذلك الجواب في الصوف والشعر والوبر ويكره له بيعها لما قلنا ولو باع جاز في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة لانه بيع مال مملوك منتفع به مقدور التسليم وغير ذلك من الشرائط فيجوز وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجوز لما روي عنه انه بمنزلة الوقف ولا يجوز بيع الوقف ثم اذا جاز بيعها على أصلهما فعليه مكانها مثلها أو أرفع منها فيضحي بها فان فعل ذلك فليس عليه شئ آخر وان اشترى دونها فعليه أن يتصدق بفضل ما بين القيمتين ولا ينظر الى الثمن وانما ينظر الى القيمة حتى لو باع الاولى بأقل من قيمتها واشترى الثانية بأكثر من قيمتها وثمن الثانية أكثر من ثمن الاولى يجب عليه أن يتصدق بفضل قيمة الاولى فان ولدت الاضحية ولدا يذبح ولدها مع الام كذا ذكر في الاصل وقال أيضا وان باعه يتصدق بثمنه لان الام تعينت للاضحية والولد يحدث على وصف الام في الصفات الشرعية فيسري الى

الولد كالرق والحرية ومن المشايخ من قال هذا في الاضحية الموجبة بالنذر كالفقير اذا اشترى شاة للاضحية فأما
الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فولدت لا يتبعها ولدها لان في الاول تعين الوجوب فيسرى الى الولد وفي الثاني لم
يتعين لانه لا تجوز التضحية بغيرها فكذا ولدها وذكر القدورى رحمه الله وقال كان أصحابنا يقولون يجب ذبح
الولد ولو تصدق به جاز لان الحق لم يسر اليه ولكنه متعلق به فكان كجلالها وخطامها فان ذبحه تصدق بقيمته وان باعه
تصدق بثمنه ولا يبيعه ولا يأكله وقال بعضهم لا ينبغي له أن يذبحه وقال بعضهم انه بالخيار ان شاء ذبحه أيام النحر وأكل
منه كالام وان شاء تصدق به فان أمسك الولد حتى مضت أيام النحر تصدق به لانه فات ذبحه فصار كالشاة المنذورة
وذكر في المنتقى اذا وضعت الاضحية فذبح الولد يوم النحر قبل الام أجزأه فان تصدق به يوم الاضحى قبل أن يعلم
فعليه أن يتصدق بقيمته قال القدورى رحمه الله وهذا على أصل محمد عليه الرحمة ان الصغار تدخل في الهدايا ويجب
ذبحها ولو ولدت الاضحية تعلق بولدها من الحكم ما يتعلق بها فصار كالوفات بمضى الايام ويكره له ركوب الاضحية
واستعمالها والحمل عليها فان فعل فلا شئ عليه الا أن يكون نقصها ذلك فعليه أن يتصدق بنقصانها ولو آجرها صاحبها
ليحمل عليها قال بعض المشايخ ينبغي أن يغرم ما نقصها الحمل فانه ذكر في المنتقى في رجل أهدى ناقة ثم آجرها ثم حمل
عليها فان صاحبها يغرم ما نقصها ذلك ويتصدق بالكراء كذا ههنا (وأما) الذي هو في حال التضحية فبعضها يرجع الى
نفس التضحية وبعضها يرجع الى من عليه التضحية وبعضها يرجع الى الاضحية وبعضها يرجع الى وقت التضحية
وبعضها يرجع الى آلة التضحية أما الذي يرجع الى نفس التضحية فما ذكرنا في كتاب الذبائح وهو ان المستحب هو
الذبح في الشاة والبقر والنحر في الابل ويكره القلب من ذلك وقطع العروق الاربعة كلها والتذفيف في ذلك وأن
يكون الذبح من الحلقوم لا من القفا (وأما) الذي يرجع الى من عليه التضحية فالافضل أن يذبح بنفسه ان قدر عليه لانه
قربة فمباشرتها بنفسه أفضل من توليتها غيره كسائر القربات والدليل عليه ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
ساق مائة بدنة فنحر منها نيفا وستين بيده الشريفة عليه الصلاة والسلام ثم أعطى المدية سيدنا عليا رضى الله عنه
فنحر الباقين وهذا اذا كان الرجل يحسن الذبح ويقدر عليه فأما اذا لم يحسن فتوليته غيره فيه أولى وقد روى عن أبى
حنيفة رضى الله عنه انه قال نحرت بدنة قائمة معقولة فلم أشق عليها فكدت أهلك ناسا لانها نفرت فاعتقدت أن
لا أنحرها الا باركة معقولة وأولى من هو أقدر على ذلك مني وفي حديث أنس رضى الله عنه أن النبي عليه الصلاة
والسلام ضحى بكبشين أملحين أقرنين قال أنس فرأيت النبي عليه الصلاة والسلام واضعا قدمه على صفاحهما
أي على جوانب عنقهما وهو يذبحهما بيده عليه الصلاة والسلام مستقبل القبلة فذبح الاول فقال بسم الله والله أكبر
اللهم هذا عن محمد وعن آل محمد ثم ذبح الآخر وقال عليه الصلاة والسلام اللهم هذا عمن شهد لك بالتوحيد وشهد
لي بالبلاغ ويستحب أن يكون الذابح حال الذبح متوجها الى القبلة لما روينا واذا لم يذبح بنفسه يستحب له أن يأمر
مسلما فان أمر كتابيا يكره لما قلنا ويستحب أن يحضر الذبح لما روى عن سيدنا على رضى الله عنه أن النبي عليه
الصلاة والسلام قال لسيدتنا فاطمة رضى الله عنها يا فاطمة بنت محمد قومى فاشهدى ضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة
تقطر من دمها مغفرة لكل ذنب اما أنه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا فقال أبو سعيد الخدرى رضى
الله عنه يا نبي الله هذا لآل محمد خاصة فانهم أهل لما خصوا به من الخير أم لآل محمد وللمسلمين عامة فقال هذا لآل
محمد خاصة وللمسلمين عامة وفي حديث عمران بن الحصين رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
يا فاطمة قومى فاشهدى أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة تقطر من دمها كل ذنب عملتيه وقولى ان صلاتى ونسكى
ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وان يدعو فيقول اللهم منك ولك صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب
العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين لما روينا وان يقول ذلك قبل التسمية أو بعدها لما روى عن
جابر رضى الله عنه قال ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكبشين فقال حين وجههما وجهت وجهى للذى فطر

السموات والارض حنيفامسلما اللهم منك ولك عن محمد وأمته بسم الله والله أكبر و روى عن الحسن بن المعتم الكنانى قال خرجت مع سيدنا على بن أبى طالب رضى الله عنه يوم الاضحى الى عيد فلما صلى قال ياقنبر ادن منى أحد الكبشين فأخذ بيده فأضجعه ثم قال وجهت وجهى للذى فطر السموات والارض حنيفا وماأنامن المشركين ان صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنامن المسلمين بسم الله اللهم منك ولك بسم الله والله أكبر اللهم تقبل من على فذبحه ثم دعا بالثانى ففعل به مثل ذلك و يستحب أن يجرد التسمية عن الدعاء فلا يخلط معها دعاء وانما يدعو قبل التسمية أو بعدها و يكره حالة التسمية (وأما) الذى يرجع الى الاضحية فالمستحب أن يكون أسمنها وأحسنها وأعظمها لانها مطية الآخرة قال عليه الصلاة والسلام عظموا اضحاياكم فانها على الصراط مطاياكم ومهما كانت المطية أعظم وأسمن كانت على الجواز على الصراط أقدر وأفضل الشاء أن يكون كبشا أملح أقرن موجوأ لما روى جابر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أقرنين موجوأين عظيمين سمينين والاقرن العظيم القرن والاملح الابيض وروى عليه الصلاة والسلام أنه قال دم العفراء يعدل عند الله مثل دم السوداوين وان أحسن اللون عند الله البياض والله خلق الجنة بيضاء والموجوء قيل هو مدقوق الخصيتين وقيل هو الخصى كذا روى عن أبى حنيفة رحمه الله فانه روى عنه انه سئل عن التضحية بالخصى فقال مازاد فى لحمه أنفع مما ذهب من خصيتيه (وأما) الذى يرجع الى وقت التضحية فالمستحب هو اليوم الاول من أيام النحر لما روينا عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أولها أفضلها ولانه مسارعة الى الخير وقد مدح الله جل شأنه المسارعين الى الخيرات السابقين لها بقوله عز شأنه أولئك يسارعون فى الخيرات وهم لها سابقون وقال عز شأنه وسارعوا الى مغفرة من ربكم أى الى سبب المغفرة ولان الله جل شأنه أضاف عباده فى هذه الايام بلحوم القرابين فكانت التضحية فى أول الوقت من باب سرعة الاجابة الى ضيافة الله جل شأنه والمستحب أن تكون بالنهار و يكره أن تكون بالليل لما ذكرنا فى كتاب الذبائح والصيود وأفضل وقت التضحية لاهل السواد ما بعد طلوع الشمس لان عنده يتكامل آثار أول النهار والله عز وجل أعلم (وأما) الذى يرجع الى آلة التضحية فما ذكرنا فى كتاب الذبائح وهو أن تكون آلة الذبح حادة من الحديد (وأما) الذى هو بعد الذبح فالمستحب أن يتربص بعد الذبح قدر ما يبرد و يسكن من جميع أعضائه وتزول الحياة عن جميع جسده و يكره أن ينخع ويسلخ قبل أن يبرد لما ذكرنا فى كتاب الذبائح ولصاحب الاضحية أن يأكل من أضحيته لقوله تعالى فكلوا منها ولانه ضيف الله جل شأنه فى هذه الايام كغيره فله أن يأكل من ضيافة الله عز شأنه وجملة الكلام فيه ان الدماء أنواع ثلاثة نوع يجوز لصاحبه أن يأكل منه بالاجماع ونوع لا يجوز له أن يأكل منه بالاجماع ونوع اختلف فيه فالاول دم الاضحية نفلا كان أو واجبا منذورا كان أو واجبا مبتدأ والثانى دم الاحصار وجزاء الصيد ودم الكفارة الواجبة بسبب الجناية على الاحرام كحلق الرأس ولبس المخيط والجماع بعد الوقوف بعرفة وغير ذلك من الجنايات ودم النذر بالذبح والثالث دم المتعة والقران فعندنا يؤكل وعند الشافعى رحمه الله لا يؤكل وهى من مسائل المناسك ثم كل دم يجوز له أن يأكل منه لا يجب عليه أن يتصدق به بعد الذبح اذ لو وجب عليه التصدق لما جاز له أن يأكل منه وكل دم لا يجوز له أن يأكل منه يجب عليه أن يتصدق به بعد الذبح اذ لو لم يجب لادى الى التسييب ولو هلك اللحم بعد الذبح لا ضمان عليه فى النوعين جميعاً أما فى النوع الاول فظاهر وأما فى الثانى فلانه هلك عن غير صنعه فلا يكون مضمونا عليه وان استهلكه بعد الذبح ان كان من النوع الثانى يغرم قيمته لانه أتلف مالا متعينا للتصدق به فيغرم قيمته و يتصدق بها وان كان من النوع الاول لا يغرم شيأ ولو باعه نفذ بيعه سواء كان من النوع الاول أو الثانى فعليه ان يتصدق بثمنه و يستحب له أن يأكل من أضحيته لقوله تعالى عز شأنه فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير و روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال اذا ضحى أحدكم فليأكل من أضحيته و يطعم منه غيره و روى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال لغلامه قنبر حين ضحى بالكبشين

ياقنبر خذ لى من كل واحد منهما بضعة وتصدق بهما بجلودهما وبرؤسهما وبأكارعهما والافضل أن يتصدق بالثلث ويتخذ الثلث ضيافة لاقاربه وأصدقائه ويدخر الثلث لقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر وقوله عز شأنه فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير وقول النبي عليه الصلاة والسلام كنت نهيتكم عن لحوم الاضاحى فكلوا منها وادخروا فثبت بمجموع الكتاب العزيز والسنة ان المستحب ماقلنا ولانه يوم ضيافة الله عز وجل بلحوم القرابين فيندب اشراك الكل فيها ويطعم الفقير والغنى جميعا لكون الكل أضياف الله تعالى عز شأنه في هذه الايام وله أن يهبه منهما جميعاً ولو تصدق بالكل جاز ولو حبس الكل لنفسه جاز لان القربة فى الاراقة (وأما) التصدق باللحم فتطوع وله أن يدخر الكل لنفسه فوق ثلاثة أيام لان النهى عن ذلك كان فى ابتداء الاسلام ثم نسخ بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال انى كنت نهيتكم عن امساك لحوم الاضاحى فوق ثلاثة أيام الا فامسكوا مابدا لكم وروى انه عليه الصلاة والسلام قال انما نهيتكم لاجل الرأفة دون حضرة الاضحى الا أن اطعامها والتصدق أفضل الا أن يكون الرجل ذا عيال وغير موسع الحال فان الافضل له حينئذ أن يدعه لعياله ويوسع به عليهم لان حاجته وحاجة عياله مقدمة على حاجة غيره قال النبي عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول ولا يحل بيع جلدها وشحمها ولحمها وأطرافها ورأسها وصوفها وشعرها ووبرها ولبنها الذى يحلبه منها بعد ذبحها بشئ لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك عينه من الدراهم والدنانير والمأكولات والمشروبات ولا أن يعطى أجر الجزار والذابح منها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من باع جلد أضحيته فلا أضحية له وروى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال لعلى رضى الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها وروى عن سيدنا على كرم الله وجهه أنه قال اذا ضحيتم فلا تبيعوا لحوم ضحاياكم ولا جلودها وكلوا منها وتمتعوا ولانها من ضيافة الله عز شأنه التى أضاف بها عباده وليس للضيف أن يبيع من طعام الضيافة شيأ فان باع شيأ من ذلك نفذ عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا ينفذ لما ذكرنا فيما قبل الذبح ويتصدق بثمنه لان القربة ذهبت عنه فيتصدق به ولانه استفاده بسبب محظور وهو البيع فلا يخلو عن خبث فكان سبيله التصدق وله أن ينتفع بجلد أضحيته فى بيته بأن يجعله سقاء أو فروا أو غير ذلك لما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنها اتخذت من جلد أضحيتها سقاء ولانه يجوز الانتفاع بلحمها فكذا بجلدها وله أن يبيع هذه الاشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل لان البدل الذى يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل فكان المبدل قائما معنى فكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم والدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿ كتاب النذر ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى ثلاثة مواضع فى بيان ركن النذر وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم النذر أما الاول فركن النذر هو الصيغة الدالة عليه وهو قوله لله عز شأنه على كذا أو على كذا أو هذا هدى أو صدقة أو مالى صدقة أو ما أملك صدقة ونحو ذلك

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يتعلق بالناذر وبعضها يتعلق بالمنذور به وبعضها يتعلق بنفس الركن أما الذى يتعلق بالناذر فشرائط الاهلية (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح نذر المجنون والصبى الذى لا يعقل لان حكم النذر وجوب المنذور به وهما ليسا من أهل الوجوب وكذا الصبى العاقل لانه ليس من أهل وجوب الشرائع ألا ترى انه لا يجب عليهما شئ من الشرائع بايجاب الشرع ابتداء فكذا بالنذر اذ الوجوب عند

وجود الصيغة من الاهل فى المحل بايجاب الله تعالى لا بايجاب العبد اذ ليس للعبد ولاية الايجاب وانما الصيغة علم على ايجاب الله تعالى (ومنها) الاسلام فلا يصح نذر الكافر حتى لو نذر ثم أسلم لا يلزمه الوفاء به وهو ظاهر مذهب الشافعى رحمه الله لان كون المنذور به قربة شرط صحة النذر وفعل الكافر لا يوصف بكونه قربة (وأما) حرية الناذر فليست من شرائط الصحة فيصح نذر المملوك ثم ان كان المنذور به من القرب الدينية كالصلاة والصوم ونحوهما يجب عليه للحال ولو كان من القرب المالية كالاعتاق والاطعام ونحو ذلك يجب عليه بعد العتاق لانه ليس من أهل الملك للحال ولو قال ان اشتريت هذه الشاة فهى هدى أو ان اشتريت هذا العبد فهو حر فعتق لم يلزمه حتى يضيفه الى ما بعد العتق فى قياس قول أبى حنيفة وقد ذكرناه فى كتاب العتاق (وأما) الطواعية فليست بشرط عندنا خلافا للشافعى رحمه الله كما فى اليمين وكذا الجد والهزل والله عز شأنه أعلم (وأما) الذى يرجع الى المنذور به فأنواع (منها) أن يكون متصور الوجود فى نفسه شرعا فلا يصح النذر بما لا يتصور وجوده شرعا كمن قال لله تعالى على أن أصوم ليلا أو نهارا أكل فيه وكالمرأة اذا قالت لله على أن أصوم أيام حيضى لان الليل ليس محل الصوم والاكل مناف للصوم حقيقة والحيض مناف له شرعا اذ الطهارة عن الحيض والنفاس شرط وجود الصوم الشرعى ولو قالت لله على أن أصوم غدا فحاضت فى غد أو قالت لله على أن أصوم يوم يقدم فلان فقدم فى يوم حاضت فيه لا شئ عليها عند محمد وعند أبى يوسف عليها قضاء ذلك اليوم وهى من مسائل الصوم وعلى هذا يخرج ما اذا قال لله تعالى على أن أصوم اليوم الذى يقدم فيه فلان فقدم فى النهار انه ان قدم قبل الزوال أو قبل ان تناول شيأ من المفطرات يلزمه صومه وان قدم بعد الزوال أو بعد ما تناول شيأ من المفطرات لا يلزمه شئ لانه أوجب على نفسه صوم يوم موصوف بأنه يوجد فيه قدوم فلان ولا علم له بهذا اليوم قبل القدوم ولا دليل العلم ولا وجوب لهذا الصوم بدون العلم أو دليله لان ما ثبت أداؤه على قصد المؤدى فى تحصيله لا يجب أداؤه الا بعد العلم بوجوبه أو دليل العلم فلم يجب الصوم ما لم يوجد اليوم الموصوف ولا وجود الا بالقدوم فصار الوجوب على هذا التخريج متعلقا بالقدوم ووجوب صوم يوم لم تزل فيه الشمس ولم يتناول شيأ من المفطرات متصور كما لو أنشأ النذر فوجب عليه للحال ولا تصور له بعد التناول و بعد الزوال فلا يجب عليه شئ بخلاف اليمين بأن قال والله لاصومن اليوم الذى يقدم فيه فلان فقدم بعد ما أكل أو بعد الزوال حنث فى يمينه والفرق ان فى باب النذر يجب الفعل حقا لله تعالى لان الوجوب بايجاب الله تعالى عند مباشرة سبب الوجوب من العبد فصار هذا وسائر العبادات المقصودة على السواء (وأما) فى باب اليمين فالفعل فى نفسه غير واجب بل الواجب هو الامتناع عن هتك حرمة اسم الله تعالى عز شأنه وانما وجب الفعل لضرورة حصول البر وحصول البر أيضا لضرورة الامتناع عن الهتك فوجوبه لا يفتقر الى العلم فكان وجوب تحصيل البر والامتناع ثابتا قبل وجود دليل الوجوب وهو القدوم فوجب عليه البر من أول وجود هذا اليوم الذى حلف أن يصومه وان لم يكن له به علم فاذا لم يصم بأن أكل أو امتنع من النذر حتى زالت الشمس حنث فى يمينه لفوات البر والله عز شأنه أعلم (ومنها) أن يكون قربة فلا يصح النذر بما ليس بقربة رأسا كالنذر بالمعاصى بأن يقول لله عز شأنه على أن أشرب الخمر أو أقتل فلانا أو أضربه أو أشتمه ونحو ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر فى معصية الله تعالى وقوله عليه الصلاة والسلام من نذر أن يعصى الله تعالى فلا يعصه ولان حكم النذر وجوب المنذور به ووجوب فعل المعصية محال وكذا النذر بالمباحات من الاكل والشرب والجماع ونحو ذلك لعدم وصف القربة لاستوائهما فعلا وتركا وكذا لو قال على طلاق امرأتى لان الطلاق ليس بقربة فلا يلزم بالنذر وهل يقع الطلاق به فيه كلام نذكره ان شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون قربة مقصودة فلا يصح النذر بعيادة المرضى وتشييع الجنائز والوضوء والاغتسال ودخول المسجد ومس المصحف والاذان وبناء الرباطات والمساجد وغير ذلك وان كانت قربا لانها ليست بقرب مقصودة ويصح النذر بالصلاة والصوم والحج والعمرة والاحرام بهما والعتق والبدنة والهدى والاعتكاف ونحو ذلك لانها قرب مقصودة

وقد

وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله تعالى فليطعه وقال عليه الصلاة والسلام من نذر وسمى فعليه وفاؤه بما سمى الا أنه خص منه المسمى الذى ليس بقربة أصلا والذى ليس بقربة مقصودة فيجب العمل بعمومه فيما وراءه ومن مشايخنا من أصل فى هذا أصلا فقال ماله أصل فى الفروض يصح النذر به ولا شك أن ماسوى الاعتكاف من الصلاة والصوم وغيرهما له أصل فى الفروض والاعتكاف له أصل أيضا فى الفروض وهو الوقوف بعرفة ومالا أصل له فى الفروض لا يصح النذر به كعيادة المرضى وتشييع الجنازة ودخول المسجد ونحوها وعلل بأن النذر ايجاب العبد فيعتبر بايجاب الله تعالى ولو قال لله على أن أصوم يوم النحر أو أيام التشريق يصح نذره عند أصحابنا الثلاثة و يفطر و يقضى وقال زفر رحمه الله والشافعى لا يصح نذره لهما انه نذر بما هو معصية لكون الصوم فى أيام التشريق منهياً عنه لقوله عليه الصلاة والسلام ألا لا تصوموا فى هذه الايام فانها أيام أكل وشرب والمنهى عنه يكون معصية والنذر بالمعاصى لا يصح لما بينا والدليل عليه أن الصوم فى هذه الايام لا يلزم بالشروع ولا يضمن بالقضاء عند الافساد بأن أصبح صائماً ثم أفطر (ولنا) أنه نذر بقربة مقصودة فيصح النذر كما لو نذر بالصوم فى غير هذه الايام ودلالة الوصف النص والمعقول (أما) النص فقوله عليه الصلاة والسلام خبراً عن الله تعالى جل شأنه الصوم لى وأنا أجزى به من غير فصل (وأما) المعقول فهو أنه سبب التقوى والشكر ومواساة الفقراء لان الصائم فى زمان الصوم يتقى الحلال فالحرام أولى و يعرف قدر نعم الله تعالى جل شأنه عليه بما تجشم من مرارة الجوع والعطش فيحمله ذلك على الشكر وعلى الاحسان الى الفقراء لما عرف قدر مقاساة المبتلى بالجوع والفقر وهذه المعانى موجودة فى الصوم فى هذه الايام وأنها معان مستحسنة عقلا والنهى لا يرد عما عرف حسنه عقلا لما فيه من التناقض فيحمل على غيره مجاوره له صيانة لحجج الله تعالى عن التناقض عملا بالدلائل بقدر الامكان (وأما) فصل الشروع والقضاء فممنوع عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وعند أبى حنيفة عليه الرحمة انما يلزم بالشروع ولا يجب القضاء بالافطار لان لزوم الاتمام فى صوم التطوع لضرورة صيانة المؤدى عن الابطال لان ابطال العمل حرام وههنا صاحب الحق وهو الله تعالى جلت عظمته رضى بابطال حقه فلا يحرم الابطال فلا يلزم الاتمام و وجوب القضاء ضرورة لزوم الاتمام فاذا لم يلزم لا يجب ولو قال على المشى الى بيت الله تعالى أو الى الكعبة أو الى مكة أو الى بكة فعليه حجة أو عمرة ماشيا وان شاء ركب وعليه ذبح شاة لركوبه وجملة الكلام فيه أن المكان نوعان مكان يصح الدخول فيه بغير احرام وهو ماسوى الحرم كمسجد المدينة على صاحبها أفضل الصلاة والسلام ومسجد بيت المقدس وغيرهما من سائر المساجد والاماكن ومكان لا يصح الدخول فيه بغير احرام وهو الحرم والحرم مشتمل على مكة ومكة على المسجد الحرام والمسجد الحرام على الكعبة فالناذر إما أن يسمى فى النذر الكعبة أو بيت الله تعالى أو مكة أو بكة أو الحرم أو المسجد الحرام والافعال التى يوجبها على نفسه شبه ألفاظ المشى والخروج والسفر والركوب والذهاب والاياب فان أوجب على نفسه شيأ من هذه الافعال وأضافه الى مكان يصح دخوله فيه بغير احرام لا يصح ايجابه لانه أوجب على نفسه التحول من مكان الى مكان وذا ليس بقربة مقصودة ولا يصح النذر بما ليس بقربة والدليل عليه ماروى أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله انى نذرت أن فتح لك مكة أن أصلى مائتى ركعة فى مائة مسجد فقال عليه الصلاة والسلام صلى فى مسجد واحد فلم يصحح عليه الصلاة والسلام نذرها بالصلاة فى كل مسجد والنذر بخلاف اليمين فان اليمين تنعقد بهذه الالفاظ بأن يقول والله لاذهبن الى موضع كذا أو لاسافرن أو غيرهما من الالفاظ لان اليمين لا يقف انعقادها على كون المحلوف عليه قربة بل ينعقد على القربة وغيرها بخلاف النذر وان أضاف ايجاب شئ من هذه الافعال الى المكان الذى لا يصح الدخول فيه بغير احرام ينظر فان أضاف ايجاب ماسوى المشى اليه لا يصح ولا يلزمه شئ لما ذكرنا أن التحول من مكان الى مكان ليس بقربة فى نفسه وان أضاف ايجاب المشى اليه فان ذكر سوى ماذكرنا من الامكنة من الكعبة و بيت الله تعالى ومكة و بكة

والمسجد الحرام والحرم بأن أوجب على نفسه المشي الى الصفا والمروة ومسجد الخيف وغيرها من المساجد التي في الحرم لا يصح نذره بلا خلاف وان ذكر الكعبة وبيت الله عز شأنه أو مكة أو بكة يصح نذره ويلزمه حجة أو عمرة ماشياً وان شاء ركب وذبح لركوبه شاة وهذا استحسان والقياس أن لا يصح ولا يلزمه شيء (وجه) القياس ان من شرط صحة النذر أن يكون المنذور به قربة مقصودة ولا قربة في نفس المشي وانما القربة في الاحرام وانه ليس بمذكور ولهذا لم يصح بسائر الالفاظ سوى لفظ المشي (وجه) الاستحسان ان هذا الكلام عندهم كناية عن التزام الاحرام يستعملونه لالتزام الاحرام بطريق الكناية من غير أن يعقل فيه وجه الكناية بمنزلة قوله لله على أن أضرب بثوبي حطيم الكعبة كناية عن التزام الصدقة باصطلاحهم والاحرام يكون بالحجة أو بالعمرة فيلزمه أحدهما بخلاف سائر الالفاظ فانها ما جرت عادتهم بالتزام الاحرام بها والمعتبر في الباب عرفهم وعادتهم ولا عرف هناك فيلزمه ذلك ماشياً لانه التزم المشي وفيه زيادة قربة قال النبي عليه الصلاة والسلام من حج ماشياً فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال عليه الصلاة والسلام واحدة بسبعمائة فجاز التزامه بالنذر كصفة التتابع في الصوم فيمشي حتى يطوف طواف الزيارة لان بذلك يقع الفراغ من أركان الحج الا أن له أن يركب ويذبح لركوبه شاة لما روى أن أخت أبي سعيد الخدري رضي الله عنهما نذرت ان تحج ماشية فقال النبي عليه الصلاة والسلام لابي سعيد الخدري ان الله تعالى غني عن تعذيب أختك مرها فلتركب ولترق دماً وبما روى في بعض الروايات أن عقبة بن عامر الجهني سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان أختي نذرت أن تحج البيت ماشية غير مختمرة فقال عليه الصلاة والسلام ان الله غني عن تعذيب أختك فلتركب ولتهد شاة وفي بعضها ان أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي الى بيت الله تعالى حافية حاسرة فذكر ذلك عقبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى غني عن عناء أختك مرها فلتركب ولتهد شاة وتحرم ان شاءت بحجة وان شاءت بعمرة وروى عن سيدنا علي رضي الله عنه انه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا حج وركب وذبح لركوبه شاة رواه في الاصل وانما استوى فيه لفظ الكعبة وبيت الله ومكة وبكة لان كل واحد من هذه الالفاظ يستعمل عند استعمال الآخر يقال فلان مشى الى بيت الله والى الكعبة والى مكة والى بكة ولا يقال مشى الى الصفا والمروة وان ذكر المسجد الحرام أو الحرم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يصح نذره ولا يلزمه شيء وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يلزمه حجة أو عمرة (وجه) قولهما أن الحرم مشتمل على البيت وعلى مكة فصار كانه قال على المشي الى بيت الله والى مكة ولابي حنيفة رحمه الله أن القياس أن لا يجب شيء بايجاب المشي المضاف الى مكان ما لما ذكرنا أن المشي ليس بقربة مقصودة إذ هو انتقال من مكان الى مكان فليس في نفسه قربة ولهذا لا يجب بسائر الالفاظ الا أنا أوجبنا عليه الاحرام في لفظ المشي الى بيت الله أو الى الكعبة أو الى مكة أو الى بكة للعرف حيث تعارفوا استعمال ذلك كناية عن التزام الاحرام ولم يتعارفوا استعمال غيرها من الالفاظ الا ترى أنه يقال مشى الى مكة والكعبة وبيت الله ولا يقال مشى الى الحرم أو المسجد الحرام كما يقال مشى الى الصفا والمروة والكناية يتبع فيها عين اللفظ لا المعنى بخلاف المجاز فانه يراعى فيه المعنى اللازم المشهور في محل الحقيقة لان الكناية ثابتة بالاصطلاح كالاسماء الموضوعة فيتبع فيها العرف واستعمال اللفظ بخلاف المجاز ولو قال على المشي الى بيت الله وهو ينوي مسجدا من مساجد الله سوى المسجد الحرام لم يلزمه شيء لانه نوى ما يحتمله لفظه لان كل مسجد بيت الله تعالى فصحت نيته على أن الظاهر ان كانت ارادة الكعبة من هذا الكلام لا غير لكن هذا أمر بينه وبين الله تعالى فيكتفي فيه باحتمال اللفظ إياه في الجملة ولو قال أنا أحرم أو أنا محرم أو أهدى أو أمشي الى البيت فان نوى به الايجاب يكون ايجابا لانه يذكر ويراد به الايجاب كقولنا أشهد أن لا اله الا الله أنه يكون توحيداً وكقول الشاهد عند القاضي أشهد أنه يكون شهادة فقد نوى ما يحتمله لفظه وان نوى أن يعد من نفسه عدة ولا يوجب شيأ كان عدة ولا شيء عليه لان اللفظ يحتمل العدة لانه يستعمل في العدات وان لم يكن له نية

فهو

فهو على الوعد لانه غلب استعماله فيــه فعند الاطلاق يحمل عليه هذا اذا لم يعلقه بالشرط فان علقه بالشرط بأن قال ان فعلت كذا فانا أحرم فهو على الوجوه التى بينا أنه ان نوى الايجاب يكون ايجابا وان نوى الوعـد يكون وعدا لما قلنا وان لم يكن له نية فهو على الايجاب بخلاف الفصل الاول لان العدات لا تتعلق بالشروط وان الواجبات تتعلق بها فالمعرفة الى الايجاب بقرينة التعليق بالشرط ولم توجـد القرينة فى الفصل الاول فصار الحاصل ان هـذا اللفظ فى غير المعين بالشرط على الوعد الا أن ينوى به الايجاب وفى المعلق يقع على الايجاب الا أن ينوى به الوعـد ولو قال لله تعالى على أن أنحر ولدى أو أذبح ولدى يصح نذره و يلزمه الهدى وهو نحر البدنة أو ذبح الشاة والافضل هو الابل ثم البقر ثم الشاة وانما ينحر أو يذبح فى أيام النحر سواء كان فى الحرم أولا وهذا استحسان وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله والقياس أن لا يصح نذره وهو قول أبى يوسف وزفر والشافعى رحمهم الله (وجه) القياس أنه نذر بما هو معصية والنذر بالمعاصى غير صحيح ولهذا لم يصح بلفظ القتل (وجه) الاستحسان قول النبى عليــه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه وقوله عليه الصلاة والسلام من نذر وسمى فعليــه الوفاء بما سمى والمراد من الحديثين النذر بما هو طاعة مقصودة وقربة مقصودة وقد نذر بمـا هو طاعة مقصودة وقربة مقصودة لانه نذر بذبح الولد تقديراً بما هو خلف عنه وهو ذبح الشاة فيصح النذر بذبح الولد على وجــه يظهر أثر الوجوب فى الشاة التى هى خلف عنه كالشيخ الفانى اذا نذر أن يصوم رجب أنه يصح نذره و تلزمه الفدية خلفاً عن الصوم ودليل ما قلنا الحـديث وضرب من المعقول (أما) الحديث فقول النبى عليه الصلاة والسلام أنا ابن الذبيحين أراد أول آبائه من العرب وهو سيدنا اسماعيل عليه الصلاة والسلام وآخر آبائه حقيقة وهو عبـد الله بن عبد المطلب سماهما عليه الصـلاة والسلام ذبيحين ومعلوم انهما ما كانا ذبيحين حقيقة فكانا ذبيحين تقديراً بطريق الخلافة لقيام الخلف مقام الاصل (وأما) المعقول فلان المسلم انما يقصد بنذره التقرب الى الله تعالى الا انه عجز عن التقرب بذبح الولد تحقيقاً فـلم يكن ذلك مرادا من النذر وهو قادر على ذبحــه تقديرا بذبح الخلف وهو ذبح الشاة فكان هـذا نذراً بذبح الولد تقديراً بذبح ما هو خلف عنه حقيقة كالشيخ الفانى اذا نذر بالصوم وانمـا لا يصح بلفظ القتل لان التعيين بالنذر وقع للواجب على سـيدنا ابراهيم عليــه الصلاة والسلام والواجب هناك بالايجاب المضاف الى ذبح الولد بقوله تعالى عز شأنه إنى أرى فى المنام أنى أذبحك على ان هذا حكم ثبت استحسانا بالشرع والشرع انمـا ورد بلفظ الذبح لا بلفظ القتل ولا يستقيم القياس لان لفظ القتـل لا يستعمل فى تفويت الحياة على سبيل القربة والذبح يستعمل فى ذلك ألا ترى أنه لو نذر بقتل شاة لا يلزمه ولو نذر بذبحهـا لزمه ولو نذر بنحر نفسه لم يذكر فى ظاهر الروايات وذكر فى نوادر هشام أنه على الاختلاف الذى ذكرنا ولو نذر بنحر ولد ولده ذكر فى شرح الآثار أنه على الاختلاف ولو نذر بنحر والديه أو جده أو جدته يصح نذره عند أبى حنيفة رحمه الله وعند الباقين لا يصح ولو نذر بذبح عبده عنـد محمد رحمه الله يصح وعند الباقين لا يصح وانما اختلف أبو حنيفة ومحمد فيما بينهما مع اتفاقهما فى الولد لاختلافهما فى المعنى فى الولد فالمعنى فى الولد عنـد أبى حنيفة رحمـه الله هو أنه نذر بالتقرب الى الله تعالى بذبح ما هو أعز الاشياء عنده وهذا المعنى يوجد فى الوالدين ولا يوجد فى العبد وعند محمد رحمه الله المعنى فى الولد ان النذر بذبحه تقرب الى الله تعالى بما هو من مكاسبه والولد فى معنى المملوك له شرعا قال النبى عليه الصلاة والسلام ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فعدى الحكم الى المملوك حقيقة وهو العبد والى النفس وولد ولده لكونهما فى معنى المملوك له ولم يعد الى الوالدين لانعدام هذا المعنى وعلى هذا القياس ينبغى أن يصح نذر الجد بذبح الحافد وعند محمد لا يصح واذا أوجب على نفسه الهدى فهو بالخيار بين الاشياء الثلاثة ان شاء أهدى شاة وان شاء بقرة وان شاء ابلا وأفضلها أعظمها لان اسم الهدى يقع على كل واحد منهم ولو أوجب على نفسه بدنة فهو بالخيار بين شيئين الابل والبقر والابل أفضل لان اسم البـدانة يقع على كل واحـد منهما ولو أوجب جزوراً فعليه الابل خاصة لان اسم الجزور يقع عليه خاصة ولا يجوز فيهما الا ما يجوز فى الاضاحى وهو الثنى من الابل والبقر والجذع من

الضأن اذا كان ضخما ولا يجوز ذبح الهدى الذى أوجب الا فى الحرم لقوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق ولم يرد به نفس البيت بل البقعة التى هو فيها وهى الحرم لان الدم لا يراق فى البيت والمراد من قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق نفس البيت لانه هناك ذكر الطواف بالبيت وههنا اضافه الى البيت لذلك افترقا ولان الهدى اسم لما يهدى الى مكان الهدايا ومكان الهدايا هو الحرم ولا يحل له الا نتفاع بها ولا بشئ منها الا فى حال الضرورة فان اضطر الى ركوبها ركبها و يضمن ما نقص ركوبه عليها وهذه من مسائل المناسك ولو أوجب على نفسه أن يهدى مالا بعينه فان كان مما لا يحتمل الذبح يلزمه أن يتصدق به أو بقيمته على فقراء مكة وان كان مما يذبح ذبحه فى الحرم وتصدق بلحمه على فقراء مكة ولو تصدق به على فقراء الكوفة جاز كذا ذكر فى الاصل ولو أوجب بدنة فذبحها فى الحرم وتصدق على الفقراء جاز بالاجماع ولو ذبح فى غير الحرم وتصدق باللحم على الفقراء جاز عن نذره فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله لا يجوز ولو أوجب جزورا فله أن ينحره فى الحل والحرم و يتصدق بلحمه وهذه من مسائل الحج ولو قال ما أملك هدى أو قال ما أملك صدقة يمسك بعض ماله و يمضى الباقى لانه أضاف الهدى والصدقة الى جميع ما يملكه فيتناول كل جنس من جنس أمواله و يتناول القليل والكثير الا أنه يمسك بعضه لانه لو تصدق بالكل لاحتاج الى ان يتصدق عليه فيتضرر بذلك وقد قال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فكان له أن يمسك مقدار ما يعلم أنه يكفيه الى ان يكتسب فاذا اكتسب مالا تصدق بمثله لانه انتفع به مع كونه واجب الاخراج عن ملكه لجهة الصدقة فكان عليه عوضه كمن أنفق ماله بعد وجوب الزكاة عليه ولو قال مالى صدقة فهذا على الاموال التى فيها الزكاة من الذهب والفضة وعروض التجارة والسوائم ولا يدخل فيه مالا زكاة فيه فلا يلزم ان يتصدق بدور السكنى وثياب البدن والاثاث والعروض التى لا يقصد بها التجارة والعوامل وأرض الخراج لانه لا زكاة فيها ولا فرق بين مقدار النصاب ومادونه لانه مال الزكاة ألا ترى أنه اذا انضم اليه غيره تجب فيه الزكاة و يعتبر فيه الجنس لا القدر ولهذا قالوا اذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط أنه يلزمه أن يتصدق به لانه جنس مال تجب فيه الزكاة وان لم تكن واجبة فان قضى دينه به لزمه التصدق بمثله لما ذكرنا فيما تقدم وهذا الذى ذكرنا استحسان والقياس أن يدخل فيه جميع الاموال كما فى فصل الملك لان المال اسم لما يتمول كما ان الملك اسم لما يملك فيتناول جميع الاموال كالملك (وجه) الاستحسان ان النذر يعتبر بالامر لان الوجوب فى الكل بايجاب الله جل شأنه وانما وجد من العبد مباشرة السبب الدال على ايجاب الله تعالى ثم الايجاب المضاف الى المال من الله تعالى فى الامر وهو الزكاة فى قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقوله عز شأنه وفى أموالهم حق معلوم ونحو ذلك تعلق بنوع دون نوع فكذا فى النذر وقد قال أبو يوسف رحمه الله قياس قول أبى حنيفة عليه الرحمة اذا حلف لا يملك مالا ولا نية له وليس له مال تجب فيه الزكاة يحنث لان اطلاق اسم المال لا يتناول ذلك وقال أبو يوسف ولا أحفظ عن أبى حنيفة اذا نوى بهذا النذر جميع ما يملك داره تدخل فى نذره لان اللفظ يحتمله وفيه تشديد على نفسه وقال أبو يوسف و يجب عليه أن يتصدق بما دون النصاب ولا أحفظه عن أبى حنيفة رحمه الله والوجه ماذكرنا واذا كانت له ثمرة عشرية أوغلة عشرية تصدق بها فى قولهم لان هذا مما يتعلق به حق الله تعالى وهو العشر وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا تدخل الارض فى النذر وقال أبو يوسف يتصدق بها لابى يوسف انها من جملة الاموال النامية التى يتعلق حق الله تعالى بها فتدخل فى النذر ولابى حنيفة رضى الله عنه ان حق الله تعالى لا يتعلق بها وانما يتعلق بالخارج منها فلا تدخل قال بشر عن أبى يوسف اذا جعل الرجل على نفسه أن يطعم عشرة مساكين ولم يسم فعليه ذلك فان أطعم خمسة لم يجزه لان النذر يعتبر باصل الايجاب ومعلوم ان ما أوجبه ينبغى أن يكون لعدد من المساكين لا يجوز دفعه الى بعضهم الا على التفريق فى الايام فكذا النذر ولو قال لله على أن أتصدق بهذه الدراهم على المساكين فتصدق بها على واحد أجزأه لانه يجوز دفع الزكاة الى مسكين واحد وان كان المذكور فيها جميع المساكين لقول الله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين كذلك النذر ولو قال لله على أن أطعم هذا المسكين هذا

الطعام بعينه فأعطى ذلك الطعام غيره أجزأه لان الصدقة المتعلقة بمال متعين لا يتعين فيها المسكين لانه لما عين المال صار هو المقصود فلا يعتبر تعيين الفقير والافضل أن يعطى الذى عينه ولو قال لله على أن أطعم هذا المسكين شيأ سماه ولم يعينه فلا بد أن يعطيه الذى سماه لانه اذا لم يعين المنذور صار تعيين الفقير مقصودا فلا يجوز أن يعطى غيره ولو قال لله على اطعام عشرة مساكين وهو لا ينوى أن يطعم عشرة مساكين انما نوى أن يطعم واحدا اما يكفى عشرة أجزأه لان الطعام اسم للمقدار فكأنه أوجب مقدار ما يطعم عشرة فيجوز أن يطعم بعضهم ولو قال لله على أن أتصدق بهذه الدراهم يوم يقدم فلان ثم قال ان كلمت فلانا فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وقدم فلان أجزأه ان يتصدق بتلك الدراهم عنهما جميعا ولا يلزمه غير ذلك وكذلك الصيام اذا سمى يوما بعينه لانه علق وجوب شئ واحد بشرطين لكل واحد منهما بحياله فان وجد الشرطان معا وجبت بالايجابين جميعا لان اجتماع سببين على حكم واحد جائز فان وجدا على التعاقب وجب بالاول ولا يتعلق بالثانى حكم نظيره اذا قال لعبده ان دخل زيد هذه الدار فأنت حر ثم قال ان دخلها عمرو فأنت حر فان دخلا معا عتق العبد بالايجابين وان دخلا على التعاقب عتق بالاول ولا يتعلق بالثانى حكم كذا هذا ولو قال ان كلمت فلانا فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وجب عليه أن يتصدق بها لانه أوجب على نفسه التصدق بها فيجب عليه ذلك فان أعطى ذلك من كفارة يمينه أو من زكاة ماله فعليه لنذره مثل ما أعطى لانه لما أعطى تعين للاخراج بجهة النذر ولم يتعين للاخراج بجهة الزكاة فاذا أخرجه بحق لم يتعين فيه صار مستهلكا له فيضمن مثله كما لو أنفقه بخلاف الفصل الاول لان مثال الواجب تعين لكل واحد عن النذرين فجاز عنهما ولو قال ان قدم فلان فلله على أن أصوم يوم الخميس ثم صام يوم الخميس عن قضاء رمضان أو كفارة يمين أو تطوعا فقدم فلان يومئذ بعد ارتفاع النهار فعليه يوم مكانه لقدوم فلان لانه وجب عليه صوم ذلك اليوم عن جهة النذر لوجود شرط وجوبه وهو قدوم فلان فيه فاذا صام عن غيره فقد منع وقوعه عن النذر فصار كأنه قدم بعدما أكل فيلزمه صوم يوم آخر مكانه لقدوم فلان ولو كان أراد بهذا القول اليمين لم يحنث فى يمينه لوجود شرط البر وهو صوم اليوم الذى حلف على صومه وجهات الصوم لم تتناولها اليمين ولو كان قدم فلان بعد الظهر لم يكن عليه قضاؤه لانه لما قدم بعد الظهر لم يجب الصوم عن النذر كما لو أنشأ النذر بعد الزوال فقال لله على أن أصوم هذا اليوم فلا يجب قضاؤه وان قدم فلان قبل الزوال فى يوم قد أكل فيه فعليه أن يقضى لان القدوم حصل فى زمان يصح ابتداء النذر فيه وانما امتنع الصوم لوجود المنافى له وهو الاكل فلا يمنع صحة النذر كما لو أوجب ثم أكل ولو قال لله على أن أصوم الشهر الذى يقدم فيه فلان فقدم فى رمضان فصامه فى رمضان أجزأ عن رمضان ولا يلزمه صوم آخر بالنذر لان شهر رمضان فى حال الصحة والاقامة يتعين لصومه لا يحتمل غيره فلم يتعلق بهذا النذر حكم ولا كفارة عليه ان كان أراد به اليمين لتحقق البر وهو الصوم واليمين انعقدت على الصوم دون غيره وقد صام ولو قال لله على أن أصوم اليوم الذى يقدم فيه فلان شكرا لله تطوعا لقدومه ونوى به اليمين فصامه عن كفارة يمين ثم قدم فلان ذلك اليوم عند ارتفاع النهار فعليه قضاؤه والكفارة (اما) القضاء فلانه نذر أن يصوم ذلك اليوم للقدوم وذلك اليوم غير متعين لصوم الكفارة فاذا صام عن جهة يتعين الوقت لها لزمه القضاء (وأما) الكفارة فلانه لم يحلف على مطلق الصوم بل على أن يصوم عن القدوم فاذا صام عن غيره لم يوجد البر فيحنث ولو كان فى رمضان فلا قضاء عليه وعليه الكفارة (اما) عدم وجوب القضاء فلان زمان رمضان يتعين لصوم رمضان فلا يصح ايجاب الصوم فيه لغيره (واما) وجوب الكفارة فيه فلانه لم يصم لما حلف عليه فلم يوجد البر وان صامه ينوى الشكر على قدوم فلان ولا ينوى رمضان بر فى يمينه وأجزأه عن رمضان (اما) الجواز عن رمضان فلان صوم رمضان لا يعتبر فيه تعيين النية لكون الزمان متعينا له فوقع عنه (وأما) بره فى يمينه فلانه حلف على الصوم بجهة وقد قصد تلك الجهة الا انه وقع عن غيره حكما من غير قصد ولو قال لله على أن أصوم هذا اليوم شهرا فانه يصوم ذلك اليوم حتى يستكمل منه ثلاثين يوما فانه تعذر حمله على ظاهره اذ اليوم الواحد لا يوجد شهرا لانه اذا مضى لا يعود ثانيا فيحمل على التزام صوم اليوم المسمى

بذلك اليوم الذى هو فيه من الاثنين أو الخميس كلما تجدد الى ان يستكمل شهر ا ثلاثين يوما حملا للكلام على وجه الصحة ولو قال لله على أن أصوم هذا الشهر يوما نظر الى ذلك الشهر انه رجب أو شعبان أو غيره و يصير كأنه قال لله على أن أصوم رجب أو شعبان فى وقت من الاوقات اذ الشهر لا يوجد فى يوم واحد فلا يمكن حمله على ظاهره وقد قصد تصحيح نذره فيحمل على وجه يصح وهو حمل اليوم على الوقت وقد يذكر اليوم و يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى وتلك الايام نداولها بين الناس وقال تعالى ومن يولهم يومئذ دبره و يقال فى العرف يوماً لنا و يوماً علينا على ارادة مطلق الوقت ولو قال لله على أن أصوم هذا اليوم غداً فعليه أن يصوم اليوم الذى قال فيه هذا القول ان قال ذلك قبل الزوال وقبل أن يتناول ما ينقض صومه و يبطل قوله غداً لانه ركب اسما على اسم لا بحرف النسق فبطل التركيب لانه يكون ايجاب صوم هذا اليوم غداً وهذا اليوم لا يوجد فى غد فلا يكون الغد ظرفا له بطل قوله غداً و بقى قوله لله على أن أصوم هذا اليوم فينظر فى ذلك اليوم فان كان قابلا للايجاب صح والا بطل بخلاف الفصل الاول لان اليوم قد يعتد به عن مطلق الوقت (وأما) الغد فلا يصلح عبارة عن مطلق الوقت ولا يعبر به الا عن عين الغد ولو قال لله على أن أصوم غداً اليوم فعليه أن يصوم غداً وقوله اليوم حشو من كلامه لانه أوجب على نفسه صوم الغد وذلك صحيح ولم يصح قوله اليوم لانه ركبه على الغد لا بحرف النسق فبطل لان صوم غد لا يتصور وجوده فى اليوم فلغى قوله اليوم و بقى قوله لله على أن أصوم غداً ولو قال لله على صوم أمس غدا لم يلزمه شىء لان أمس لا يمكن أن يصام فيه لانه لا يعود ثانيا فبطل الالتزام فيه فلا يلزمه بقوله غدا لانه لم يوجب صوم غد وانما جعل الغد ظرفا للامس وانه لا يصلح ظرفا له فلغت تسمية الغد أيضاً والاصل فى هذا النوع ان اللفظ الثانى يبطل فى الاحوال كلها لما ذكرنا واذا بطل هذا ينظر الى اللفظ الاول فان صلح صح النذر به والا بطل ولو قال لله على صوم كذا كذا يوما ولا نية له فعليه صوم أحد عشر يوما لانه جمع بين عددين مفردين مجملين لا بحرف النسق فانصرف الى أقل عددين مفردين يجمع بينهما لا بحرف النسق وذلك أحد عشر لان الاقل متيقن به والزيادة مشكوك فيها وان نوى شيئا فهو على ما نوى يوما كان أو أكثر لان حمل هذا اللفظ على التكرار جائز فى اللغة يقال صوم يوم يوم و يراد به تكرار يوم واذا جاز هذا فقد نوى ما يحتمله كلامه فعملت نيته ولو قال لله على صوم كذا وكذا يوماً فعليه صوم أحد وعشرين يوماً ان لم يكن له نية لانه جمع بين عددين مفردين على الا كمال بحرف النسق فحمل على أقل ذلك وأقله أحد وعشرون يوماً وان كانت له نية فهو على ما نوى واحداً أو أكثر لان هذا مما يحتمل التكرار يقال صوم يوم يوم و يراد به تكرار يوم واحد ولو قال لله على صوم بضعة عشر يوماً ولا نية له كان عليه صوم ثلاثة عشر يوماً لان البضع عند العرب عبارة عن ثلاثة فما فوقها الى تمام العقد وهو عشرة وعشرون وثلاثون وأربعون ونحو ذلك فاذا لم يكن له نية صرف الى أقله وذلك ثلاثة عشر اذ الاقل متيقن ولو قال لله على صوم سنين فهو على ثلاث سنين لان الثلاث مستحقة هذا الاسم بيقين ولو قال السنين فهو على عشر سنين فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما على الابد ولو قال على صوم الشهور فهو على عشرة أشهر عند أبى حنيفة رحمه الله اذا لم يكن له نية وعندهما على اثنى عشر شهرا ولو قال صوم شهور فهو على ثلاثة أشهر بلا خلاف وكذا هذا فى الايام وأياماً منكرا او معرفاً وعندهما المعرف يقع على الايام السبعة وقد ذكرناه فى كتاب الايمان ولو قال لله على صوم جمع هذا الشهر فعليه صوم كل يوم جمعة فى ذلك الشهر اذا لم يكن له نية لان هذا اللفظ يراد به فى ظاهر العادة عين يوم الجمعة ولو قال لله على صوم أيام الجمعة فعليه صوم سبعة أيام لان أيام الجمعة سبعة فى تعارف الناس ولو قال لله على صوم جمعة فان كانت له نية فهو على ما نوى ان نوى عين يوم الجمعة أو نوى أيامها لان ظاهر لفظه يحتمل كلاهما وان لم يكن له نية فهو على أيامها لانه يراد به فى أغلب العادات أيامها والله عز شأنه أعلم ولو نذر بقربة مقصودة من صلاة أو صوم فقال رجل آخر على مثل ذلك يلزمه وكذا اذا قال على المشى الى بيت الله عز شأنه وكل مملوك لى حر وكل امرأة لى طالق اذا دخلت الدار فقال رجل آخر على مثل ذلك ان دخلت الدار ثم

دخل

دخـل الثانى الدار فانه يلزمه المشى ولا يلزمه العتاق والطلاق ثم قال ألا ترى انه لوقال على طلاق امرأتى فان الطلاق لا يقع عليها وهـذا يدل على ان من قال الطلاق على واجب انه لا يقع طلاقه قال القـدورى رحمه الله وكان أصحابنا بالعراق يقولون فيمن قال الطلاق لى لازم يقع الطلاق لعرف الناس أنهم يريدون به الطلاق وكان محمد بن سلمة يقول ان الطلاق يقع بكل حال وحـكى الفقيه أبو جعـفر الهندوانى عن على بن أحمد بن نصير بن يحيى عن محمـد بن مقاتل رحمهم الله انه قال المسئلة على الخلاف قال أبو حنيفة عليه الرحمة اذا قال الطلاق لى لازم أو على واجب لم يقع وقال محمد يقع فى قوله لازم ولا يقع فى قوله واجب وحـكى ابن سماعة فى نوادره عن أبى يوسف فى رجل قال ألزمت نفسى طلاق امرأتى هذه أو ألزمت نفسى عتق عبدى هذا قال ان نوى به الطلاق والعتاق فهو واقع والا لم يلزمه وكذلك لو قال ألزمت نفسى طلاق امرأتى هذه ان دخلت الدار أو عتق عبدى هذا فدخل الدار وقع الطلاق والعتاق ان نوى ذلك وان لم ينو فليس بشئ جعله بمنزلة كنايات الطلاق وجـه قول محمد عليه الرحمة ان الوقوع للعادة والعادة فى اللزوم لانهـم يذكرونه على ارادة الايقاع ولا عادة فى الايجاب فلا يقع به شئ ولابى يوسف رحمه الله ان الظاهر الالزام والايجاب للنذر ويحتمل أن يراد به التزام حكم الطلاق الواقع فيقف على النية كسائر كنايات الطلاق ولابى حنيفة رحمه الله ان الطلاق لا يحتمل الايجاب والالزام لانه ليس بقربة فبطل وروى ابن سماعـة عن أبى يوسف اذا قال رجل امرأة زيد طالق ثلاثا ورقيقه أحرار وعليه المشى الى بيت الله جل شأنه ان دخل هذه الدار فقال زيد نعم كان كأنه قد حلف بذلك كله لان نعم جواب لا يستقل بنفسه فيتضمن اضمار ماخرج جوابا له كما فى قوله عز شأنه فهل وجدتم ماوعد ربكم حقا قالوا نعم تقديره نعم وجدنا ماوعدنا ربنا حقا وكالشهود اذا قرأوا على المشهود عليه كتاب الوثيقـة فقالوا نشهد عليك بما فيه فقال نعم ان لهم أن يشهدوا لان تقديره نعم اشهدوا على بما فى الـكتاب ولو لم يكن قال نعم ولـكنه قال أجزت ذلك فهـذا لم يحلف على شئ لان قوله أجزت ليس بايجاب والتزام فلا يلزمه شئ فان قال قد أجزت ذلك على ان دخلت الدار او قال قد ألزمت نفسى ذلك ان دخلت الدار كان لازما له لانه التزم ماقاله فلزمه ولو ان رجـلا قال امرأة زيد طالق فقال زيد قد أجزت لزمه الطلاق وكذلك لو قال قد رضيت ماقال أو ألزمتـه نفسى لان هذا ليس بيمين بل هو ايقاع فيقف على الاجازة فأما اليمـين فيحتاج الى الالتزام ليجوز على الحالف وينفذ عليه فلا بد من لفظ الالتزام ولو ان رجلا قال ان بعت هذا المملوك من زيد فهو حر فقال زيد قد أجزت ذلك أو رضيت ذلك ثم اشتراه لم يعتق لان الحالف أعتق عبده بشرط فوجد الشرط فى غـير ملـكه فلم يحنث ولا يتعلق بالاجازة حكم لان البائع لم يوقت اليمين وانما حلف فى ملك نفســه ولو كان البائع قال ان اشترى زيد هذا العبد فهو حر فقال نعم ثم اشتراه عتق عليه لان البائع لم يعقد اليمين فى ملك نفســه وانما أضافها الى ملك المشترى فصار عاقد اليمين موقوفة وقد أجازها من وقفت عليه فتعلق الحكم بها وقال ابن سماعة عن أبى يوسف لو ان رجلا طلق امرأته فقال آخر على مثل ذلك فان هذا لا يلزم الثانى وكذلك لو قال على مثل هذا الطلاق لان قوله على مثل ذلك ايجاب الطلاق على نفسه والطلاق لا يحتمل الايجاب ولو حلف رجل بطلاق امرأته لا يدخـل هذه الدار فقال آخر على مثل ذلك ان دخلتها فان دخلها الثانى لم يلزمه طلاق امرأته لانه أوجب على نفسه الطلاق ان دخل الدار والطلاق لا يحتمل الايجاب والالزام لانه ليس بقربة فان أراد بهذا الايجاب اليمين فليست بطلاق حتى تطلق فان لم يفعل حتى مات أحدهما حنث لان النذر اذا أريد به اليمين صار كأنه قال لاطلقنها ولو قال ذلك لا يحنث حتى يموت أحدهما كذا هذا ولو قال عبدى هذا حر ان دخلت هذه الدار فقال آخر على مثل ذلك ان دخلت هـذه الدار فدخـل الثانى لم يعتق عبده لانه أوجب على نفسه بدخول الدار عتقا غير معين فـكان له أن يخرج منـه بشراء عبد يعتقه فلا يتعلق العتق بعبيده الموجودين لا محالة واذا لم يتعلق بهم لا يلزمه عتق فى ذمته لانه لو لزمه لم يكن ذلك مثل مافعله الحـالف ولو ان رجلا قال لله على نسمة ان دخلت هذه الدار فقال آخر على مثل ذلك ان دخلت فهذا لازم للاول ولازم للثانى أيهما دخل لزمه نسمة لان الاول أوجب

عتقاً فى ذمته وذلك مما يجب بالنذر واذا أوجب آخر مثله وجب عليه بخلاف الفصل الاول لان ثمة ما أوجب العتق بل علق فلا يكون على الثانى ايجاب لانه ليس بمثل ولو قال كل مالى هدى وقال آخر وعلى مثل ذلك فعليه أن يهدى جميع ماله سواء كان أقل من مال الاول أو أكثر الا أن يعنى مثل قدره فيلزمه مثل ذلك ان كان مال الثانى أكثر وان كان مال الثانى أقل يلزمه فى ذمته تمام مال الاول لان مطلق الايجاب يضاف الى هدى جميع ماله كما أوجب الاول فاذا أراد القدر فقد نوى ما يحتمله الكلام فيحمل عليه فان قال رجل كل مال أملك الى سنة فهو هدى فقال آخر على مثل ذلك لم يلزمه شئ لان الثانى لم يضف الهدى الى الملك فلا تثبت الاضافة بالاضمار والله عز شأنه أعلم (ومنها) أن يكون المنذور به اذا كان مالا مملوك الناذر وقت النذر أو كان النذر مضافا الى الملك أو الى سبب الملك حتى لو نذر بهدى مالا يملكه أو بصدقة مالا يملكه للحال لا يصح لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم الا اذا أضاف الى الملك أو الى سبب الملك بأن قال كل مال أملكه فيما استقبل فهو هدى أو قال فهو صدقة أو قال كلما اشتريته أو أرثه فيصح عند أصحابنا خلافا للشافعى رحمه الله والصحيح قولنا لقوله عز وجل ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين الى قوله تعالى فأعقبهم نفاقا فى قلوبهم الى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون دلت الآية الشريفة على صحة النذر المضاف لان الناذر بنذره عاهد الله تعالى الوفاء بنذره وقد لزمه الوفاء بما عهد والمؤاخذة على ترك الوفاء به ولا يكون ذلك الا فى النذر الصحيح (ومنها) أن لا يكون مفروضاً ولا واجباً فلا يصح النذر بشئ من الفرائض سواء كان فرض عين كالصلوات الخمس وصوم رمضان أو فرض كفاية كالجهاد وصلاة الجنازة ولا بشئ من الواجبات سواء كان عيناً كالوتر وصدقة الفطر والعمرة والاضحية أو على سبيل الكفاية كتجهيز الموتى وغسلهم ورد السلام ونحو ذلك لان ايجاب الواجب لا يتصور (وأما) الذى يرجع الى نفس الركن فخلوه عن الاستثناء فان دخله أبطله

﴿ فصل ﴾ (وأما) حكم النذر فالكلام فيه فى مواضع الاول فى بيان أصل الحكم والثانى فى بيان وقت ثبوته والثالث فى بيان كيفية ثبوته أما أصل الحكم فالناذر لا يخلو من أن يكون نذر وسمى أو نذر ولم يسم فان نذر وسمى فحكمه وجوب الوفاء بما سمى بالكتاب العزيز والسنة والاجماع والمعقول (أما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وليوفوا نذورهم وقوله تعالى وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤلا وقوله سبحانه وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم والنذر نوع عهد من الناذر مع الله جل وعلا فيلزمه الوفاء بما عهد وقوله جلت عظمته وأوفوا بالعقود أى العهود وقوله عز شأنه ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن الى قوله تعالى بما أخلفوا الله ما وعدوه ألزم الوفاء بعهده حيث أوعد على ترك الوفاء (وأما) السنة فقول النبى عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله تعالى فليطعه وقوله عليه الصلاة والسلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وعلى كلمة ايجاب وقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والناذر شرط الوفاء بما نذر فيلزمه مراعاة شرطه وعليه اجماع الامة (وأما) المعقول فهو أن المسلم يحتاج الى أن يتقرب الى الله سبحانه وتعالى بنوع من القرب المقصودة التى له رخصة تركها لما يتعلق به من المعاقبة الحميدة وهى نيل الدرجات العلى والسعادة العظمى فى دار الكرامة وطبعه لا يطاوعه على تحصيله بل يمنعه عنه لما فيه من المضرة الحاضرة وهى المشقة ولا ضرورة فى الترك فيحتاج الى اكتساب سبب يخرجه عن رخصة الترك ويلحقه بالفرائض الموظفة وذلك يحصل بالنذر لان الوجوب يحمله على التحصيل خوفا من مضرة الترك فيحصل مقصوده فثبت أن حكم النذر الذى فيه تسمية هو وجوب الوفاء بما سمى وسواء كان النذر مطلقاً أو مقيداً معلقاً بشرط بأن قال ان فعلت كذا فعلى لله حج أو عمرة أو صوم أو صلاة أو ما أشبه ذلك من الطاعات حتى لو فعل ذلك يلزمه الذى جعله على نفسه ولم يجز عنه كفارة وهذا قول أصحابنا رضى الله عنهم وقال الشافعى رحمه الله أن علقه بشرط يريد كونه لا يخرج عنه بالكفارة كما اذا قال ان شفى الله مريضى أو إن قدم غائبى فعلى كذا وان علقه بشرط لا يريد كونه بأن قال ان كلمت فلانا أو قال ان دخلت الدار فلله على

كذا

كذا يخرج عنه بالكفارة وهو بالخيار ان شاء وفى بالنذر وان شاء كفر وأصحاب الشافعي رحمه الله يسمون هذا يمين الغصب وروى عامر عن علي بن معبد عن محمد رحمهم الله أنه رجع عن ذلك وقال يجزى فيه كفارة اليمين وروى عبد الله بن المبارك وغيره عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجزيه كفارة اليمين وروى أن أبا حنيفة عليه الرحمة رجع الى الكفارة في آخر عمره فانه روى عن عبد العزيز بن خالد أنه قال قرأت على أبي حنيفة رحمه الله كتاب الايمان فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف فان من رأيي أن أرجع الى الكفارة قال فخرجت حاجاً فلما رجعت وجدت أبا حنيفة عليه الرحمة قد مات فأخبرني الوليد بن أبان أن أبا حنيفة رجع عن الكفارة والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم روى عن علي وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم ان عليه الوفاء بما سمى وعن سيدنا عمر وعبد الله بن سيدنا عمر وسيدتنا عائشة وسيدتنا حفصة رضي الله عنهم ان عليه الكفارة احتج من قال بوجوب الكفارة بقوله جلت عظمته ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وقوله جل شأنه ذلك كفارة أيمانكم وهذا يمين لان اليمين بغير الله تعالى جل شأنه شرط وجزاء وهذا كذلك وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال النذر يمين وكفارته كفارة اليمين وهذا نص ولان هذا في معنى اليمين بالله تعالى جل شأنه لان المقصد من اليمين بالله تعالى الامتناع من المحلوف عليه أو تحصيله خوفا من لزوم الحنث وهذا موجود ههنا لانه ان قال ان فعلت كذا فعلي حجة فقد قصد الامتناع من تحصيل الشرط وان قال ان لم أفعل كذا فعلي حجة فقد قصد تحصيل الشرط وكل ذلك خوفا من الحنث فكان في معنى اليمين بالله تعالى فتلزمه الكفارة عند الحنث (ولنا) قوله جل شأنه ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله الآية وغيرها من نصوص الكتاب العزيز والسنة المقتضية لوجوب الوفاء بالنذر عاماً مطلقاً من غير فصل بين المطلق والمعلق بالشرط والوفاء بالنذر هو فعل ما تناوله النذر لا الكفارة ولان الاصل اعتبار التصرف على الوجه الذي أوقعه المتصرف تنجيزاً كان أو تعليقاً بشرط والمتصرف أوقعه نذراً عليه عند وجود الشرط وهو ايجاب الطاعة المذكورة لا ايجاب الكفارة واحتج أبو يوسف رحمه الله في ذلك وقال القول بوجوب الكفارة يؤدى الى وجوب القليل بايجاب الكثير ووجوب الكثير بايجاب القليل لانه لو قال ان فعلت كذا فعلي صوم سنة أو اطعام ألف مسكين لزمه صوم ثلاثة أيام أو اطعام عشرة مساكين ولو قال ان فعلت كذا فعلي صوم يوم أو اطعام مسكين لزمه اطعام عشرة مساكين أو صوم ثلاثة ولا حجة لهم بالآية الكريمة لان المراد بها اليمين بالله عز شأنه لان الله تعالى أثبت باليمين المعقودة ما نفاه بيمين اللغو بقوله تعالى جلت كبرياؤه لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان والمراد من النفي اليمين بالله تعالى كذا في الاثبات والحديث محمول على النذر المبهم توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وأما قولهم ان هذا في معنى اليمين بالله تعالى ممنوع بأن النذر المعلق بالشرط صريح في الايجاب عند وجود الشرط واليمين بالله تعالى ليس بصحيح في الايجاب وكذا الكفارة في اليمين بالله تعالى تجب جبراً لهتك حرمة اسم الله عز اسمه الحاصل بالحنث وليس في الحنث ههنا هتك حرمة اسم الله تعالى وانما فيه ايجاب الطاعة فلم يكن في معنى اليمين بالله تعالى ثم الوفاء بالمنذور به نفسه حقيقة انما يجب عند الامكان فاما عند التعذر فانما يجب الوفاء به تقديرا بخلفه لان الخلف يقوم مقام الاصل كانه هو كالتراب حال عدم الماء والاشهر حال عدم الاقراء حتى لو نذر الشيخ الفاني بالصوم يصح نذره وتلزمه الفدية لانه عاجز عن الوفاء بالصوم حقيقة فيلزمه الوفاء به تقديراً بخلفه ويصير كانه صام وعلى هذا يخرج أيضاً النذر بذبح الولد أنه يصح عند أبي حنيفة عليه الرحمة ومحمد رحمه الله ويجب ذبح الشاة لانه ان عجز عن تحقيق القربة بذبح الولد حقيقة لم يعجز عن تحقيقها بذبحه تقديراً بذبح خلفه وهو الشاة كما في الشيخ الفاني اذا نذر بالصوم (وأما) وجوب الكفارة عند فوات المنذور به اذا كان معيناً بأن نذر صوم شهر بعينه ثم أفطر فهل هو من حكم النذر فجملة الكلام فيه أن الناذر لا يخلو اما ان قال ذلك ونوى النذر ولم يخطر بباله اليمين أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يميناً أو لم يخطر بباله شئ لا النذر ولا اليمين أو نوى اليمين ولم يخطر بباله النذر أو نوى اليمين ونوى أن لا يكون

نذراً أو نوى النذر واليمين جميعاً فان لم يخطر بباله شيء لا النذر ولا اليمين أو نوى النذر ولم يخطر بباله اليمين أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يمينا يكون نذراً بالاجماع وان نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذراً يكون يميناً ولا يكون نذراً بالاتفاق وان نوى اليمين ولم يخطر بباله النذر أو نوى النذر واليمين جميعاً كان نذراً ويميناً في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يكون يميناً ولا يكون نذرا والاصل عند أبي يوسف لا يتصور أن يكون الكلام الواحد نذرا ويميناً بل اذا بقي نذرا لا يكون يميناً واذا صار يميناً لم يبق نذرا وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يجوز أن يكون الكلام الواحد نذرا ويميناً (وجه) قول أبي يوسف ان الصيغة للنذر حقيقة وتحتمل اليمين مجاز المناسبة بينهما بكون كل واحد منهما سبباً لوجوب الكف عن فعل أو الاقدام عليه فاذا بقيت الحقيقة معتبرة لم يثبت المجاز واذا انقلب مجازاً لم تبق الحقيقة لان الكلام الواحد لا يشتمل على الحقيقة والمجاز لما بينهما من التنافي إذ الحقيقة من الاسامي ما تقرر في المحل الذي وضع له والمجاز ما جاوز محل وضعه وانتقل عنه الى غيره لضرب مناسبة بينهما ولا يتصور أن يكون الشيء الواحد في زمان واحد متقررا في محله ومنتقلا عنه الى غيره (ولهما) أن النذر فيه معنى اليمين لان النذر وضع لايجاب الفعل مقصودا تعظيما لله تعالى وفي اليمين وجوب الفعل المحلوف عليه الا أن اليمين ما وضعت لذلك بل لتحقيق الوعد والوعيد ووجوب الفعل لضرورة تحقق الوعد والوعيد لا أنه يثبت مقصودا باليمين لانها ما وضعت لذلك واذا كان وجوب الفعل فيها لغيره لم يكن الفعل واجباً في نفسه ولهذا تنعقد اليمين في الافعال كلها واجبة كانت أو محظورة أو مباحة ولا ينعقد النذر الا فيما لله تعالى من جنسه ايجاب ولهذا لم يصح اقتداء الناذر بالناذر لتغاير الواجبين لان صلاة كل واحد منهما وجبت بنذره فتتغاير الواجبات ولم يصح الاقتداء ويصح اقتداء الحالف بالحالف لان المحلوف عليه اذا لم يكن واجباً في نفسه كان في نفسه نفلا كان اقتدى المتنفل بالمتنفل فصح واذا ثبت أن المنذور واجب في نفسه والمحلوف واجب لغيره فلا شك ان ما كان واجباً في حق نفسه كان في حق غيره واجباً فكان معنى اليمين وهو الوجوب لغيره موجودا في النذر فكان كل نذر فيه معنى اليمين الا أنه لا يعتبر لوقوع النسبة بوجوبه في حق نفسه عن وجوبه في حق غيره فاذا نواه فقد اعتبره فصار نذرا ويميناً وبه تبين أن ليس هذا من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد لان المجاز ما جاوز محل الحقيقة الى غيره لنوع مناسبة بينهما وهذا ليس من هذا القبيل بل هو من جعل ما ليس بمعتبر في محل الحقيقة مع وجوده وتقرره معتبرا بالنسبة فلم يكن من باب المجاز والدليل على أنه يجوز اشتمال لفظ واحد على معنيين مختلفين كالكتابة والاعتاق على مال ان كل واحد منهما يشتمل على معنى اليمين ومعنى المعاوضة على ما ذكرنا في كتاب العتاق والمكاتب (وأما) النذر الذي لا تسمية فيه فحكمه وجوب ما نوى ان كان الناذر نوى شيئا سواء كان مطلقاً عن شرط أو معلقاً بشرط بأن قال لله علي نذر او قال ان فعلت كذا فلله علي نذر فان نوى صوما أو صلاة أو حجاً أو عمرة لزمه الوفاء به في المطلق للحال وفي المعلق بالشرط عند وجود الشرط ولا تجزيه الكفارة في قول أصحابنا على ما بينا وان لم تكن له نية فعليه كفارة اليمين غير أنه ان كان مطلقاً يحنث للحال وان كان معلقاً بشرط يحنث عند الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام النذر يمين وكفارته كفارة اليمين والمراد منه النذر المبهم الذي لا نية للناذر فيه وسواء كان الشرط الذي علق به هذا النذر مباحاً أو معصية بأن قال ان صمت أو صليت فلله علي نذر ويجب عليه أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه ولو نوى في النذر المبهم صياما ولم ينو عددا فعليه صيام ثلاثة أيام في المطلق للحال وفي المعلق اذا وجد الشرط وان نوى طعاما ولم ينو عددا فعليه طعام عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع من حنطة لانه لو لم يكن له نية لكان عليه كفارة اليمين لما ذكرنا ان النذر المبهم يمين وان كفارته كفارة يمين بالنص فلما نوى به الصيام انصرف الى صيام الكفارة وهو صيام ثلاثة أيام وانصرف الاطعام الى طعام الكفارة وهو اطعام عشرة مساكين ولو قال لله علي صدقة فعليه نصف صاع ولو قال لله علي صوم فعليه صوم يوم ولو قال لله علي صلاة فعليه ركعتان لان ذلك أدنى ما ورد

الامر به والنذر يعتبر بالامر فاذالم ينوشيئاً ينصرف الى أدنى ماورد به الامر فى الشرع (وأما) وقت ثبوت هذا الحكم فالنذر لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون معلقاً بشرط أومقيداً بمكان أومضافا الى وقت والمنذور لا يخلو اما ان كان قربة بدنية كالصوم والصلاة واما ان كان مالية كالصدقة فان كان النذر مطلقاً عن الشرط والمكان والزمان فوقت ثبوت حكمه وهو وجوب المنذور به هووقت وجود النذر فيجب عليه فى الحال مطلقا عن الشرط والمكان والزمان لان سبب الوجوب وجد مطلقا فيثبت الوجوب مطلقاً وان كان معلقاً بشرط نحو أن يقول ان شفى الله مريضى أوان قدم فلان الغائب فلله على أن أصوم شهراً أو أصلى ركعتين أو أتصدق بدرهم ونحو ذلك فوقته وقت الشرط فما لم يوجد الشرط لا يجب بالاجماع ولو فعل ذلك قبل وجود الشرط يكون نفلا لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وهذا لان تعليق النذر بالشرط هو اثبات النذر بعد وجود الشرط كتعليق الحرية بالشرط اثبات الحرية بعد وجود الشرط فلا يجب قبل وجود الشرط لانعدام السبب قبله وهو النذر فلا يجوز تقديمه على الشرط لانه يكون اداء قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب فلا يجوز كما لا يجوز التكفير قبل الحنث لانه شرط أن يؤديه بعد وجود الشرط فيلزمه مراعاة شرطه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وان كان مقيداً بمكان بان قال لله على أن أصلى ركعتين فى موضع كذا أو أتصدق على فقراء بلد كذا يجوز أداؤه فى غير ذلك المكان عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله لا يجوز الا فى المكان المشروط (وجه) قوله أنه أوجب على نفسه الاداء فى مكان مخصوص فاذا أدى فى غيره لم يكن مؤدياً ما عليه فلا يخرج عن عهدة الواجب ولان ايجاب العبد يعتبر بايجاب الله تعالى وما أوجبه الله تعالى مقيداً بمكان لا يجوز أداؤه فى غيره كالنحر فى الحرم والوقوف بعرفة والطواف بالبيت والسعى بين الصفا والمروة كذا ما أوجبه العبد (ولنا) ان المقصود والمبتغى من النذر هو التقرب الى الله عز وجل فلا يدخل تحت نذره الا ما هو قربة وليس فى عين المكان وانما هو محل اداء القربة فيه فلم يكن بنفسه قربة فلا يدخل المكان تحت نذره فلا يتقيد به فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة وان كان مضافا الى وقت بان قال لله على أن أصوم رجب أو أصلى ركعتين يوم كذا أو أتصدق بدرهم فى يوم كذا فوقت الوجوب فى الصدقة هو وقت وجود النذر فى قولهم جميعاً حتى يجوز تقديمها على الوقت بلا خلاف بين أصحابنا واختلف فى الصوم والصلاة قال أبو يوسف وقت الوجوب فيهما وقت وجود النذر وعند محمد عليه الرحمة وقت مجىء الوقت حتى يجوز تقديمه على الوقت فى قول أبى يوسف ولا يجوز فى قول محمد رحمه الله (وجه) قول محمد ان النذر ايجاب ما شرع فى الوقت نفلا ألا ترى ان النذر بما ليس بمشروع نفلا وفى وقت لا يتصور كصوم الليل وغيره لا يصح والناذر أوجب على نفسه الصوم فى وقت مخصوص فلا يجب عليه قبل مجيئه بخلاف الصدقة لانها عبادة مالية لا تعلق لها بالوقت بل بالمال فكان ذكر الوقت فيه لغوا بخلاف العبادة البدنية (وجه) قول أبى يوسف ان الوجوب ثابت قبل الوقت المضاف اليه النذر فكان الاداء قبل الوقت المذكور اداء بعد الوجوب فيجوز والدليل على تحقق الوجوب قبل الوقت المعين وجهان أحدهما ان العبادات واجبة على الدوام بشرط الامكان وانتفاء الحرج بالنصوص والمعقول (أما) النصوص فقوله عز شأنه يا أيها الناس اعبدوا ربكم وافعلوا الخير وقوله تعالى اعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً ونحو ذلك (وأما) المعقول فهو ان العبادة ليست الا خدمة المولى وخدمة المولى على العبد مستحقة والتبرع من العبد على المولى محال والعبودية دائمة فكان وجوب العبادة عليه دائما ولان العبادات وجبت شكرا للنعمة والنعمة دائمة فيجب أن يكون شكرها دائما حسب دوام النعمة الا ان الشرع رخص للعبد تركها فى بعض الاوقات فاذا نذر فقد اختار العزيمة وترك الرخصة فيعود حكم العزيمة كالمسافر اذا اختار صوم رمضان فصام سقط عنه الفرض لان الواجب عليه هو الصوم الا أنه رخص له تركه لعذر السفر فاذا صام فقد اختار العزيمة وترك الرخصة فعاد حكم العزيمة لهذا المعنى كان الشروع فى نفل العبادة اللزوم فى الحقيقة بما ذكرنا من الدلائل بالشروع الا أنه لما شرع فقد اختار العزيمة وترك الرخص فعاد حكم العزيمة كذا فى النذر والثانى أنه وجد سبب الوجوب للحال وهو

النذر وانما الاجل ترفيه يترفه به فى التأخير فاذا عجل فقد أحسن فى اسقاط الاجل فيجوز كما فى الاقامة فى حق المسافر لصوم رمضان وهذا لان الصيغة صيغة ايجاب أعنى قوله لله على أن أصوم والاصل فى كل لفظ موجود فى زمان اعتباره فيه فيما يقتضيه فى وضع اللغة ولا يجوز ابطاله ولا تغييره الى غير ما وضع له الا بدليل قاطع أو ضرورة داعية ومعلوم أنه لا ضرورة الى ابطال هذه الصيغة ولا الى تغييرها ولا دليل سوى ذكر الوقت وانه محتمل قد يذكر للوجوب فيه كما فى باب الصلاة وقد يذكر لصحة الاداء كما فى الحج والاضحية وقد يذكر للترفيه والتوسعة كما فى وقت الاقامة للمسافر والحول فى باب الزكاة فكان ذكر الوقت فى نفسه محتملا فلا يجوز ابطال صيغة الايجاب الموجودة للحال مع الاحتمال فبقيت الصيغة موجبة وذكر الوقت للترفيه والتوسعة كيلا يؤدى الى ابطال الثابت بيقين الى أمر محتمل وبه تبين ان هذا ليس بايجاب صوم رجب عينا بل هو ايجاب صوم مقدر بالشهر أى شهر كان فكان ذكر رجب لتقرير الواجب لا للتعيين فاى شهر اتصل الاداء به تعين ذلك الشهر للوجوب فيه وان لم يتصل به الاداء الى رجب تعين رجب لوجوب الاداء فيه فكان تعيين كل شهر قبل رجب باتصال الاداء به وتعيين رجب بمجيئه قبل اتصال الاداء بشهر قبله كما فى باب الصلاة انها تجب فى جزء من الوقت غير عين وانما يتعين الوجوب بالشروع ان شرع فيها وان لم يشرع الى آخر الوقت تعين آخر الوقت للوجوب وهو الصحيح من الاقاويل على ما عرف فى أصول الفقه وكما فى النذر المطلق عن الوقت وسائر الواجبات المطلقة عن الوقت من قضاء رمضان والكفارة وغيرهما انها تجب فى مطلق الوقت فى غير عين وانما يتعين الوجوب اما باتصال الاداء به واما بآخر العمر اذا صار الى حال لو لم يؤد لفات بالموت (وأما) كيفية ثبوته فالنذر لا يخلو اما أن أضيف الى وقت مبهم واما أن أضيف الى وقت معين فان أضيف الى وقت مبهم بان قال لله على أن أصوم شهرا ولا نية له فحكمه هو حكم الامر المطلق عن الوقت واختلف اهل الاصول فى ذلك ان حكمه وجوب الفعل على الفور أم على التراخى حكى الكرخى رحمه الله عن أصحابنا أنه على الفور وروى ابن شجاع البلخى عن أصحابنا أنه يجب وجوبا موسعا فظهر الاختلاف بين أصحابنا فى الحج فعند أبى يوسف يجب على الفور وعند محمد على التراخى وروى عن أبى حنيفة عليه الرحمة مثل قول أبى يوسف وقال عامة مشايخنا بما وراء النهر انه على التراخى وتفسير الواجب على التراخى عندهم انه يجب فى جزء من عمره غير عين واليه خيار التعيين ففى أى وقت شرع فيه تعين ذلك الوقت للوجوب وان لم يشرع يتضيق الوجوب فى آخر عمره اذا بقى من آخر عمره قدر ما يمكنه الاداء فيه بغالب ظنه حتى لو مات قبل الاداء يأثم بتركه وهو الصحيح لان الامر بالفعل مطلق عن الوقت فلا يجوز تقييده الا بدليل فكذلك النذر لان النصوص المقتضية لوجوب الوفاء بالنذر مطلقة عن الوقت فلا يجوز تقييدها الا بدليل وكذا سبب الوجوب وهو النذر وجد مطلقا عن الوقت والحكم يثبت على وفق السبب فيجب عليه ان يصوم شهرا من عمره غير عين وخيار التعيين اليه الى ان يغلب على ظنه الفوت لو لم يصم فيضيق الوقت حينئذ وكذا حكم الاعتكاف المضاف الى وقت مبهم بان قال لله على ان أعتكف شهرا ولا نية له وهذا بخلاف اليمين بالكلام بأن قال والله لا أكلم فلانا شهرا انه يتعين الشهر الذى يلى اليمين وكذا الاجارة بأن آجر داره أو عبده شهرا فانه يتعين الشهر الذى يلى العقد لانه أضاف النذر الى شهر منكر والصرف الى الشهر الذى يلى النذر يعين المنكر ولا يجوز تعيين المنكر الا بدليل هو الاصل وقد قام دليل التعيين فى باب اليمين والاجارة لان غرض الحالف منع نفسه عن الكلام والانسان انما يمنع نفسه عن الكلام مع غيره لاهانته والاستخفاف به لداع يدعوه الى ذلك الحال والاجارة تنعقد للحاجة الى الانتفاع بالمستأجر والحاجة قائمة عقيب العقد فيتعين الزمان المتعقب للعقد لثبوت حكم الاجارة ويجوز تعيين المبهم عند قيام الدليل المعين ولو نوى شهرا معينا صحت نيته لانه نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه ثم فى النذر المضاف الى وقت مبهم اذا عين شهرا للصوم فهو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق بخلاف الاعتكاف انه اذا عين شهرا للاعتكاف فلا بد وأن يعتكف متتابعا فى النهار والليالى جميعا لان الايجاب فى النوعين حصل مطلقا عن صفة التتابع الا أن فى

ذات الاعتكاف ما يوجب التتابع وهو كونه لبثاً على الدوام فكان مبناه على الاتصال والليالى والنهر قابلة لذلك فلابد من التتابع ومبنى الصوم ليس على التتابع بل على التفريق لما بين كل يومين مالا يصلح له وهو الليل فبقى له الخيار وان أضيف الى وقت معين بأن قال لله على أن أصوم غداً يجب عليه صوم الغد وجوباً مضيقاً ليس له رخصة التأخير من غير عذر وكذا اذا قال لله على صوم رجب فلم يصم فيما سبق من الشهور على رجب حتى هجم رجب لا يجوز له التأخير من غير عذر لانه اذا لم يصم قبله حتى جاء رجب تعين رجب لوجوب الصوم فيه على التضييق فلا يباح له التأخير ولو صام رجب وأفطر منه يوما لا يلزمه الاستقبال ولكنه يقضى ذلك اليوم من شهر آخر بخلاف ما اذا قال لله على أن أصوم شهراً متتابعاً أو قال أصوم شهراً ونوى التتابع فأفطر يوما انه يستقبل لان هناك أوجب على نفسه صوما موصوفا بصفة التتابع وصح الايجاب لان صفة التتابع زيادة قربة لما يلحقه بمراعاتها من زيادة مشقة وهى صفة معتبرة شرعا ورد الشرع بها فى كفارة القتل والظهار والافطار واليمين عندنا فيصح التزامه بالنذر فيلزمه كما التزم فاذا ترك فلم يأت بالملتزم فيستقبل كما فى صوم كفارة الظهار والقتل فأما ههنا فما أوجب على نفسه صوما متتابعاً وانما وجب عليه التتابع لضرورة تجاور الايام لان أيام الشهر متجاورة فكانت متتابعة فلا يلزمه الاقضاء ما أفطر كما لو أفطر يوما من رمضان لا يلزمه الاقضاؤه وان كان صوم شهر رمضان متتابعاً لما قلنا كذا هذا ولانا لو ألزمناه الاستقبال لوقع أكثر الصوم فى غير ما أضيف اليه النذر ولو أتم وقضى يوما لكان مؤدياً أكثر الصوم فى الوقت المعين فكان هذا أولى ولو أفطر رجب كله قضى فى شهر آخر لانه فوت الواجب عن وقته فصار ديناً عليه والدين مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولهذا وجب قضاء رمضان اذا فات عن وقته ولأن الوجوب عند النذر بايجاب الله عز شأنه فيعتبر بالايجاب المبتدأ وما أوجبه الله تعالى عز شأنه على عباده ابتداء لا يسقط عنه الا بالاداء أو بالقضاء كذا هذا والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿ كتاب الكفارات ﴾

الكلام فى الكفارات فى مواضع فى بيان أنواعها وفى بيان وجوب كل نوع وفى بيان كيفية وجوبه وفى بيان شرط وجوبه وفى بيان شرط جوازه (أما) الاول فالكفارات المعهودة فى الشرع خمسة أنواع كفارة اليمين وكفارة الحلق وكفارة القتل وكفارة الظهار وكفارة الافطار والكل واجبة الا أن أربعة منها عرف وجوبها بالكتاب العزيز وواحدة منها عرف وجوبها بالسنة (أما) الاربعة التى عرف وجوبها بالكتاب العزيز فكفارة اليمين وكفارة الحلق وكفارة القتل وكفارة الظهار قال الله تعالى عز شأنه فى كفارة اليمين لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم والكفارة فى عرف الشرع اسم للواجب وقال جل شأنه فى كفارة الحلق فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك أى فعليه فدية من صيام أو صدقة أو نسك وقال تعالى فى كفارة القتل ومن قتل مؤمنا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله أى فعليه تحرير رقبة مؤمنة وعليه ذلك وعليه صوم شهرين متتابعين لان صيغته وان كانت صيغة الخبر لكن لو حمل على الخبر لادى الى الخلف فى خبر من لا يحتمل خبره الخلف فيحمل على الايجاب والامر بصيغة الخبر كثير النظير فى القرآن قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن أى ليرضعن وقال عز شأنه والمطلقات يتربصن بأنفسهن أى ليتربصن ونحو ذلك وقال الله تعالى فى كفارة الظهار والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا الى قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل

أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا أى فعليهم ذلك لما قلنا (وأما) كفارة الافطار فلاذكر لها فى الكتاب العزيز وانما عرف وجوبها بالسنة وهو ماروى أن أعرابيا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يارسول الله هلكت وأهلكت فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا صنعت فقال واقعت امرأتى فى شهر رمضان متعمدا فقال النبى عليه الصلاة والسلام أعتق رقبة قال ليس عندى ما أعتق فقال له عليه الصلاة والسلام صم شهرين متتابعين قال لا أستطيع فقال له عليه الصلاة والسلام اطعم ستين مسكينا فقال لا أجد ما أطعم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرق فيه خمسة عشر صاعا من تمر فقال خذها وفرقها على المساكين فقال أعلى أهل بيت أحوج منى والله ما بين لابتى المدينة أحد أحوج منى ومن عيالى فقال له النبى عليه الصلاة والسلام كلها وأطعم عيالك تجزيك ولا تجزى أحداً بعدك وفى بعض الروايات ان الاعرابى لما قال ذلك تبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى بدت نواجذه ثم قال عليه الصلاة والسلام كلها وأطعم عيالك تجزيك ولا تجزى أحدا بعدك فقد أمر عليه الصلاة والسلام بالاعتاق ثم بالصوم ثم بالاطعام ومطلق الامر محمول على الوجوب والله عز شأنه أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية وجوب هذه الانواع فلوجوبها كيفيتان احداهما ان بعضها واجب على التعيين مطلقا وبعضها على التخيير مطلقا وبعضها على التخيير فى حال والتعيين فى حال (أما) الاول فكفارة القتل والظهار والافطار لان الواجب فى كفارة القتل التحرير على التعيين لقوله عز شأنه ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله جل شأنه فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين والواجب فى كفارة الظهار والافطار ماهو الواجب فى كفارة القتل وزيادة الاطعام اذا لم يستطع الصيام لقوله عز شأنه فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وكذا الواجب فى كفارة الافطار لما روينا من الحديث (وأما) الثانى فكفارة الحلق لقوله عز شأنه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وأما الثالث فهو كفارة اليمين لان الواجب فيها أحد الاشياء الثلاثة باختياره فعلا غير عين وخيار التعيين الى الحالف يعين أحد الاشياء الثلاثة باختياره فعلا وهذا مذهب أهل السنة والجماعة فى الامر بأحد الاشياء انه يكون أمرا بواحد منها غير عين وللمأمور خيار التعيين وقالت المعتزلة يكون أمرا بالكل على سبيل البدل وهذا الاختلاف بناء على أصل مختلف بيننا وبينهم معروف يذكر فى أصول الفقه والصحيح قولنا لان كلمة أو اذا دخلت بين أفعال يراد بها واحد منها لا الكل فى الاخبار والايجاب جميعا يقال جاءنى زيد أو عمرو ويراد به مجىء أحدهما ويقول الرجل لآخر بع هذا أو هذا ويكون توكيلا ببيع أحدهما فالقول بوجوب الكل يكون عدولا عن مقتضى اللغة ولدلائل آخر عرفت فى أصول الفقه فان لم يجد شيأ من ذلك فعليه صيام ثلاثة أيام على التعيين لقوله عز شأنه فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم والثانية أن الكفارات كلها واجبة على التراخى هو الصحيح من مذهب أصحابنا فى الامر المطلق عن الوقت حتى لا يأثم بالتأخير عن أول أوقات الامكان ويكون مؤديا لا قاضيا ومعنى الوجوب على التراخى هو أن يجب فى جزء من عمره غير عين وانما يتعين بتعيينه فعلا أو فى آخر عمره بأن أخره الى وقت يغلب على ظنه انه لو لم يؤد فيه لفات فاذا أدى فقد أدى الواجب وان لم يؤد حتى مات أثم لتضييق الوجوب عليه فى آخر العمر وهل يؤخذ من تركته ينظر ان كان لم يوص لا يؤخذ ويسقط فى حق أحكام الدنيا عندنا كالزكاة والنذر ولو تبرع عنه ورثته جاز عنه فى الاطعام والكسوة وأطعموا فى كفارة اليمين عشرة مساكين أو كسوتهم وفى كفارة الظهار والافطار أطعموا ستين مسكينا ولا يجبرون عليه ولا يجوز أن يعتقوا عنه لان التبرع بالاعتاق عن الغير لا يصح ولا أن يصوموا عنه لانه عبادة بدنية محضة فلا تجرى فيه النيابة وقد روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلى أحد عن أحد وان كان أوصى بذلك يؤخذ من ثلث ماله فيطعم الوصى فى كفارة اليمين عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة لانه لما أوصى فقد بقى ملكه فى ثلث ماله وفى كفارة القتل والظهار والافطار تحرير رقبة ان بلغ ثلث ماله قيمة الرقبة وان لم يبلغ أطعم ستين مسكينا فى كفارة الظهار والافطار ولا يجب الصوم فيها وان أوصى لان الصوم نفسه لا يحتمل النيابة

ولا

ولا يجوز الفداء عنه بالطعام لانه فى نفسه بدل والبدل لا يكون له بدل ولو أوصى أن يطعم عنه عشرة مساكين عن كفارة يمينه ثم مات فغدى الوصى عشرة ثم ماتوا يستأنف فيغدى و يعشى غيرهم لا نه لا سبيل الى تفريق الغداء والعشاء على شخصين لما نذكر ولا يضمن الوصى شيأ لانه غير متعداذ لا صنع له فى الموت ولو قال أطعموا عنى عشرة مساكين غداء وعشاء ولم يسم كفارة فغدوا عشرة ثم ماتوا يعشوا عشرة غيرهم لانه لم يأمر بذلك على وجه الكفارة ألا ترى انه لم يسم كفارة فكان سببه النذر فجاز التفريق والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوب كل نوع فكل ما هو شرط انعقاد سبب وجوب هذه الكفارة من اليمين والظهار والافطار والقتل فهو شرط وجوبها لان الشروط كلها شروط العلل عندنا وقد ذكرنا ذلك فى كتاب الايمان والظهار والصوم والجنايات ومن شرائط وجوبها القدرة على أداء الواجب وهذا شرط معقول لاستحالة وجوب فعل بدون القدرة عليه غير أن الواجب اذا كان معينا تشترط القدرة على أدائه عينا كما فى كفارة القتل والظهار والافطار فلا يجب التحرير فيها الا اذا كان واجدا للرقبة وهو أن يكون له فضل مال على كفايته يؤخذ به رقبة صالحة للتكفير فان لم يكن لا يجب عليه التحرير لقوله جل وعلا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين شرط سبحانه وتعالى عدم وجدان الرقبة لوجوب الصوم فلو لم يكن الوجود شرطا لوجوب التحرير وكان يجب عليه وجد أو لم يجد لم يكن لشرط عدم وجدان الرقبة لوجوب الصوم معنى فدل ان عدم الوجود شرط الوجوب فاذا كان فى ملكه رقبة صالحة للتكفير يجب عليه تحريرها سواء كان عليه دين أو لم يكن لانه واجد حقيقة فكذا اذا لم يكن فى ملكه عين رقبة وله فضل مال على كفايته يجب رقبة صالحة للتكفير لانه يكون واجدا من حيث المعنى فأما اذا لم يكن له فضل مال على قدر كفاية ما يتوصل به الى الرقبة ولا فى ملكه عين الرقبة لا يجب عليه التحرير لان قدر الكفارة مستحق الصرف الى حاجته الضرورية والمستحق كالمصروف فكان ملحقا بالعدم كالماء المحتاج اليه للشرب فى السفر حتى يباح له التيمم ويدخل تحت قوله عز شأنه فان لم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وان كان موجودا حقيقة لكنه لما كان مستحق الصرف الى الحاجة الضرورية الحق بالعدم شرعا كذا هذا وان كان الواجب واحدا منها كما فى كفارة اليمين تشترط القدرة على أداء الواجب على الابهام وهو أن يكون فى ملكه فضل على كفاية ما يجد به أحد الاشياء الثلاثة لانه يكون واجدا معنى أو يكون فى ملكه واحد من المنصوص عليه عينا من عبد صالح للتكفير أو كسوة عشرة مساكين أو اطعام عشرة مساكين لانه يكون واجدا حقيقة وكذا لا يجب الصيام ولا الاطعام فيما للطعام فيه مدخل الا على القادر عليهما لان ايجاب الفعل على العاجز ممتنع ولقوله عز اسمه فى كفارة الظهار فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا شرط سبحانه وتعالى عدم استطاعة الصيام لوجوب الاطعام فدل ان استطاعة الصوم شرط لوجوبه ولا يجب على العبد فى الانواع كلها الا الصوم لانه لا يقدر الا عليه لانه ليس من أهل ملك المال لانه مملوك فى نفسه فلا يملك شيأ ولو أعتق عنه مولاه أو أطعم أو كسا لا يجوز لانه لا يملك وان ملك وكذا المكاتب لانه عبد ما بقى عليه درهم وكذا المستسعى فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه لانه بمنزلة المكاتب (ومنها) العجز عن التحرير عينا فى الانواع الثلاثة شرط لوجوب الصوم فيها لقوله عز شأنه فى كفارة القتل والظهار فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين أى من لم يجد رقبة شرط سبحانه وتعالى عدم وجود الرقبة لوجوب الصوم فلا يجب الصوم مع القدرة على التحرير (وأما) فى كفارة اليمين فالعجز عن الاشياء الثلاثة شرط لوجوب الصوم فيها لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام أى فمن لم يجد واحدا منها فعليه صيام ثلاثة أيام فلا يجب الصوم مع القدرة على واحد منها (وأما) العجز عن الصيام فشرط لوجوب الاطعام فيما للاطعام فيه مدخل لقوله جل وعلا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا أى من لم يستطع الصيام فعليه اطعام ستين مسكينا فلا يجب الاطعام مع استطاعة الصيام ثم اختلف فى ان المعتبر هو القدرة والعجز وقت الوجوب أم وقت الاداء قال أصحابنا رحمهم الله وقت الاداء وقال الشافعى رحمه الله وقت الوجوب حتى لو كان

موسراً أو قت الوجوب ثم أعسر جاز له الصوم عندنا وعنده لا يجوز ولو كان على القلب لا يجوز عندنا وعنده يجوز (وجه) قوله ان الكفارة وجبت عقوبة فيعتبر فيها وقت الوجوب كالحد فان العبد اذا زنا ثم أعتق يقام عليه حد العبيد (والدليل) على انها وجبت عقوبة ان سبب وجوبها الجناية من الظهار والقتل والافطار والحنث وتعليق الوجوب بالجناية تعليق الحكم بوصف مناسب مؤثر فيحال عليه وربما قالوا هذا ضمان يختلف باليسار والاعسار فيعتبر فيه حال الوجوب كضمان الاعتاق (ولنا) ان الكفارة عبادة لها بدل ومبدل فيعتبر فيها وقت الاداء لا وقت الوجوب كالصلاة بان فاتته صلاة فى الصحة فقضاها فى المرض قاعداً أو بالايماء انه يجوز (والدليل) على انها عبادة وان لها بدلا ان الصوم بدل عن التكفير بالمال والصوم عبادة وبدل العبادة عبادة وكذا يشترط فيها النية وانها لا تشترط الا فى العبادات واذا ثبت انها عبادة لها بدل ومبدل فهذا يوجب أن يكون المعتبر فيها وقت الاداء لا وقت الوجوب لانه اذا أيسر قبل الشروع فى الصيام أو قبل تمامه فقد قدر على المبدل قبل حصول المقصود بالبدل فيبطل البدل وينتقل الامر الى المبدل كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الشروع فى الصلاة أو بعده قبل الفراغ منها عندنا وكالصغيرة اذا اعتدت بشهر ثم حاضت انه يبطل الاعتداد بالاشهر وينتقل الحكم الى الحيض واذا اعسر قبل التكفير بالمال فقد عجز عن المبدل قبل حصول المقصود به وقدر على تحصيله بالبدل كواجد الماء اذا لم يتوضأ حتى مضى الوقت ثم عدم الماء ووجد ترابا نظيفا انه يجوز له أن يتيمم ويصلى بل يجب عليه ذلك كذا ههنا بخلاف الحدود لان الحد ليس بعبادة مقصودة بل هو عقوبة ولهذا لا يفتقر الى النية وكذا لا بدل له لان حد العبيد ليس بدلا عن حد الاحرار بل هو أصل بنفسه ألا ترى انه يحد العبيد مع القدرة على حد الاحرار ولا يجوز المصير الى البدل مع القدرة على المبدل كالتراب مع الماء وغير ذلك بخلاف الصلاة اذا وجبت على الانسان وهو مقيم ثم سافر أو مسافر ثم أقام انه يعتبر فى قضائها وقت الوجوب لان صلاة المسافر ليست بدلا عن صلاة المقيم ولا صلاة المقيم بدل عن صلاة المسافر بل صلاة كل واحد منهما أصل بنفسها ألا ترى انه يصلى احداهما مع القدرة على الاخرى وبخلاف ضمان الاعتاق لانه ليس بعبادة وكذا السعاية ليست ببدل عن الضمان على أصل أبى حنيفة رحمه الله لان الشريك مخير عندهم بين التضمين والاستسعاء ولا يخير بين البدل والمبدل فى الشريعة (وأما) قوله ان سبب وجوب الكفارة الجناية فممنوع بل سبب وجوبها ما هو سبب وجوب التوبة اذ هى أحد نوعى التوبة وانما الجناية شرط كما فى التوبة هذا قول المحققين من مشايخنا وعلى هذا يخرج ما اذا وجب عليه التحرير أو أحد الاشياء الثلاثة بان كان موسراً ثم أعسر انه يجزئه الصوم ولو كان معسراً ثم أيسر لم يجزه الصوم عندنا وعند الشافعى لا يجزئه فى الاول ويجزئه فى الثانى لان الاعتبار لوقت الاداء عندنا لا لوقت الوجوب وهو فى الاول يعتبر وقت الاداء فوجد شرط جواز الصوم ووجوبه وهو عدم الرقبة فجاز بل وجب وفى الثانى لم يوجد الشرط فلم يجز وعنده لما كان المعتبر وقت الوجوب فيراعى وجود الشرط للجواز وعدمه وقت الوجوب ولم يوجد فى الاول ووجد فى الثانى ولو شرع فى الصوم ثم أيسر قبل تمامه لم يجز صومه ذكر هذا فى الاصل بلغنا ذلك عن عبد الله بن عباس وابراهيم لما ذكرنا انه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فلا يعتبر البدل والافضل أن يتم صوم ذلك اليوم فلو أفطر لا يلزمه القضاء عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله يقضى وأصل هذه المسئلة فى كتاب الصوم وهو من شرع فى صوم على ظن انه عليه ثم تبين أنه ليس عليه فالافضل له أن يتم الصوم ولو أفطر فهو على الاختلاف الذى ذكرنا وعلى قياس قول الشافعى رحمه الله يمضى على صومه لان العبرة فى باب الكفارات لوقت الوجوب عنده ووقت الوجوب كان معسرا ولو أيسر بعد الاتمام جاز صومه لانه قدر على المبدل بعد حصول المقصود بالبدل فلا يبطل البدل بخلاف الشيخ الفانى اذا فدى ثم قدر على الصوم انه تبطل الفدية ويلزمه الصوم لان الشيخ الفانى هو الذى لا ترجى له القدرة على الصوم فاذا قدر تبين انه لم يكن شيخا فانياً ولان الفدية ليست ببدل مطلق لانها ليست بمثل للصوم صورة ومعنى فكانت بدلا ضروريا وقد ارتفعت الضرورة فبطلت القدرة

فاما الصوم فبدل مطلق فلا يبطل بالقدرة على الاصل بعد حصول المقصود به والله عز شأنه أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرط جواز كل نوع فاجواز هذه الانواع شرائط . بعضها يعم الانواع كلها و بعضها يخص البعض دون البعض (أما) الذى يعم الكل فنية الكفارة حتى لا تتأدى بدون النية والكلام فى النية فى موضعين أحدهما فى بيان ان نية الكفارة شرط جوازها والثانى فى بيان شرط صحة النيــة (اما) الاول فلان مطلق الفعل يحتمــل التكفير و يحتمل غيره فلا بد من التعيين وذلك بالنيــة ولهذا لا يتأدى صوم الكفارة بمطلق النية لان الوقت يحتمل صوم الكفارة وغيره فلا يتعين الا بالنية كصوم قضاء رمضان وصوم النذر المطلق ولو أعتق رقبة واحدة عن كفارتين فلا شك انه لا يجوز عنهما جميعا لان الواجب عن كل كفارة منهما اعتاق رقبة كاملة ولم يوجد وهل يجوز عن احداهما فالكفارتان الواجبتان لا يخلو (اما) ان وجبتا بسببين من جنسين مختلفين واما ان وجبتا بسببين من جنس واحد (فان) وجبتا بسببين من جنسين مختلفين كالقتل والظهار فأعتق رقبة واحدة ينوى عنهما جميعا لا يجوز عن احداهما بلا خلاف بين أصحابنا وعنــد الشافعى رحمه الله يجوز (وان) وجبتا بسببين من جنس واحد كظهارين أو قتلين يجوز عن احداهما عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله استحسانا وهو قول الشافعى رحمــه الله والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله وهــذا الاختلاف مبنى على ان نية التعيين والتوزيع هل تقع معتبرة أم تقع لغواً فعند أصحابنا معتبرة فى الجنسين المختلفين وعند الشافعى رحمه الله لغو فيهما جميعا (واما) فى الجنس الواحد فهى لغو عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وعند زفر معتبرة قياسا (اما) الكلام مع الشافعى فوجه قوله ان الكفارات على اختلاف أسبابها جنس واحد ونية التعيين فى الجنس الواحــد لغو لما ذكر (ولنا) ان التعيين فى الاجناس المختلفــة محتاج اليه وذلك بالنية فكان نيــة التعيين محتاجا اليها عند اختــلاف الجنس فصادفت النية محلها فصحت ومتى صحت أوجبت انقسام عــين رقبــة واحدة على كفارتين فيقع عن كل واحــد منهــما اعتق نصف رقبــة فلا يجوز لا عن هــذه ولا عن تلك (وأما) قوله الكفارتان جنس واحد فنعم من حيث هما كفارة لكنهما اختلفا سببا وقدرا وصفة (اما) السبب فلا شك فيه (واما) القدر فان الطعام يدخل فى احداهما وهى كفارة الظهار ولا يدخل فى الاخرى وهى كفارة القتــل (واما) الصفة فان الرقبة فى كفارة الظهار مطلقة عن صــفة الايمان وفى كفارة القتــل مقيدة بها واذا اختلفا من هذه الوجوه كان التعيين بالنية محتاجا اليه فصادفت النيــة محلها فصحت فانقسم عتق رقبة بينهما فلم يجز عن احداهما حتى لو كانت الرقبة كافرة وتعذر صرفها الى الكفارة للقتــل انصرفت بالكلية الى الظهار وجازت عنــه كذا قال بعض مشايخنا بما وراء النهر (ونظيره) ما اذا جمع بين امرأة وابنتها أو أمها أو أختها وتزوجهما فى عقدة واحدة فان كانتا فارغتين لا يجوز وان كانت احداهما منكوحة والاخرى فارغة يجوز نكاح الفارغة (وأما) الكلام بين أصحابنا فوجه القياس فى ذلك انه أوقع عتق رقبة واحــدة عن كفارتين على التوزيع والانقسام فيقع عن كل واحدة منهما عتق نصف رقبة فلا يجوز عن واحدة منهما لان المستحق عليــه عن كل واحدة منهما اعتاق رقبة كاملة ولم يوجــد و بهذا لم يجز عن احــداهما عنــد اختلاف الجنس (ولنا) ان نية التعيين لم تصادف محلها لان محلها الاجناس المختلفة اذ لا تقع الحاجة الى التعيين الا عند اختلاف الجنس فاذا اتحد الجنس لم تقع الحاجة اليها فلغت نية التعيين و بقى أصــل النيــة وهى نيــة الكفارة فتقع عن واحدة منهما كما فى قضاء صوم رمضان اذا كان عليــه صوم يومين فصام يوما ينوى قضاء صوم يومين تلغو نية التعيين و بقيت نية ما عليه كذا هذا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان باختــلاف الجنس تقع الحاجة الى التعيين فلا تلغو نية التعيين بل تعتبر ومتى اعتبرت يقع عن كل جنس نصف رقبة فلا يجوز عنه كما اذا كان عليه صوم يوم من قضاء رمضان وصوم يوم من كفارة اليمين فنوى من الليــل أن يصوم غدا عنهما كانت نية التوزيع معتبرة حتى لا يصــير صائماً عن أحدهما لان الانقسام يمنع من ذلك والله تعالى أعلم ولو أطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا من حنطة عن ظهارين لم يجز الا عن أحدهما فى قول أبى حنيفــة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجزئه عنهما وقال زفر رحمه الله لا يجزئه

عنهما وكذلك لو أطعم عشرة مساكين كل مسكين صاعا عن يمينين فهو على هذا الاختلاف ولو كانت الكفارتان من جنسين مختلفين جاز فيهما بالاجماع (وأما) وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلما ذكرنا ان من أصل أصحابنا الثلاثة ان الكفارتين اذا كانتا من جنس واحد لا يحتاج فيهما الى نية التعيين بل تلغو نية التعيين ههنا ويبقى أصل النية وهو نية الكفارة بدفع ستين صاعا الى ستين مسكينا من غير تعيين ان نصفه عن هذا ونصفه عن ذاك ولو لم يعين لم يجز الا عن احدهما كذا هذا الا ان محمدا يقول ان نية التعيين انما تبطل لانه لا فائدة فيها وههنا في التعيين فائدة وهي جواز ذلك عن الكفارتين فوجب اعتبارها ويقول اطعام ستين مسكينا يكون عن كفارة واحدة والكفارة الواحدة منهما مجهول ولهذا قال اذا أعتق رقبة واحدة عنهما لا يجوز عن واحدة منهما بخلاف ما اذا كانت الكفارتان من جنسين لانه قد صح من أصل أصحابنا جميعا ان نية التعيين عند اختلاف الجنس معتبرة واذا صح التعيين والمؤدى يصلح عنهما جميعا وقع المؤدى عنهما فجاز عنهما جميعاً والله تعالى أعلم (وأما) شرط جواز النية فهو أن تكون النية مقارنة لفعل التكفير فان لم تقارن الفعل رأساً أو لم تقارن فعل التكفير بأن تأخرت عنه لم يجز لان اشتراط النية لتعيين المحتمل وايقاعه على بعض الوجوه ولن يتحقق ذلك الا اذا كانت مقارنة للفعل ولان النية هي الارادة والارادة مقارنة للفعل كالقدرة الحقيقية لان بها يصير الفعل اختياريا وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى أباه أو ابنه ينوي به العتق عن كفارة يمينه أو ظهاره أو افطاره أو قتله أجزأه عندنا استحسانا والقياس أن لا يجزيه وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله بناء على أن شراء القريب اعتاق عندنا فاذا اشتراه ناوياً عن الكفارة فقد قارنت النية الاعتاق فجاز وعندهما العتق يثبت بالقرابة والشراء شرط فلم تكن النية مقارنة لفعل الاعتاق فلا يجوز (وجه) القياس ان الشراء ليس باعتاق حقيقة ولا مجازا أما الحقيقة فلا شك في انتفائها لان واضع اللغة ما وضع الشراء للاعتاق (وأما) المجاز فلان المجاز يستدعي المشابهة في المعنى اللازم المشهور في محل الحقيقة ولا مشابهة ههنا أصلا لان الشراء تملك والاعتاق ازالة الملك وبينهما مضادة (ولنا) ما روى أبو داود في سننه باسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لن يجزي ولد والدا الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه سماه معتقاً عقيب الشراء ولا فعل منه بعد الشراء فعلم أن الشراء وقع اعتاقاً منه عقلنا وجه ذلك أو لم نعقل فاذا نوى عند الشراء الكفارة فقد اقترنت النية بفعل الاعتاق فجاز وقولهما الشراء ليس باعتاق حقيقة ممنوع بل هو اعتاق حقيقة لكن حقيقة شرعية لا وضعية والحقائق أنواع وضعية وشرعية وعرفية على ما عرف في أصول الفقه وكذلك اذا وهب له أو أوصى له به فقبله لانه يعتق بالقبول فقارنت النية فعل الاعتاق وان ورثه ناوياً عن الكفارة لم يجز لان العتق ثبت من غير صنعه رأساً فلم يوجد قران النية الفعل فلا يجوز وعلى هذا يخرج ما اذا قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر فاشتراه ناوياً عن الكفارة لم يجز لان العتق عند الشراء يثبت بالكلام السابق ولم تقارنه النية حتى لو قال ان اشتريت فلانا فهو حر عن كفارة يميني أو ظهاري أو غير ذلك يجزيه لقران النية كلام الاعتاق ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر عن ظهاري ثم قال بعد ذلك ما اشتريته فهو حر عن كفارة قتلي ثم اشتراه فهو حر عن الظهار لانه لما قال ان اشتريته فهو حر عن كفارة قتلي فقد أراد فسخ الاول واليمين لا تحتمل الفسخ وكذلك لو قال ان اشتريته فهو حر تطوعاً ثم قال ان اشتريته فهو حر عن ظهاري ثم اشتراه كان تطوعاً لانه بالاول علق عتقه تطوعاً بالشراء ثم أراد بالثاني فسخ الاول واليمين لا يلحقها الفسخ والله عز شأنه أعلم (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فأما كفارة اليمين فيبدأ بالاطعام ثم بالكسوة ثم بالتحرير لان الله تعالى عز شأنه بدأ بالاطعام في كتابه الكريم وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام ابدؤا بما بدأ الله به فنقول لجواز الاطعام شرائط بعضها يرجع الى صفة الاطعام وبعضها يرجع الى مقدار ما يطعم وبعضها يرجع الى محل المصروف اليه الطعام أما الذي يرجع الى صفة الاطعام فقد قال أصحابنا انه يجوز فيه التمليك وهو طعام الاباحة وهو مروي عن سيدنا علي كرم الله وجهه وجماعة من التابعين مثل محمد ابن كعب والقاسم وسالم والشعبي وابراهيم وقتادة ومالك والثوري والازاعي رضي الله عنهم وقال الحكم وسعيد بن

جنبيرلا يجوزالا التمليك وبه أخذ الشافعي رحمه الله فالحاصل أن التمليك ليس بشرط الجواز الاطعام عندنا بل الشرط هو التمكين وانما يجوز التمليك من حيث هو تمكين لا من حيث هو تمليك وعند الشافعي رحمه الله التمليك شرط الجواز لا يجوز بدونه (وجه) قوله أن التكفير مفروض فلابد وان يكون معلوم القدر ليتمكن المكلف من الاتيان به لئلا يكون تكليف مالا يحتمله الوسع وطعام الاباحة ليس له قدر معلوم وكذا يختلف باختلاف حال المسكين من الصغر والكبر والجوع والشبع يحققه ان المفروض هو المقدر إذ الفرض هو التقدير يقال فرض القاضي النفقة أي قدر قال الله سبحانه وتعالى فنصف مافرضتم لهن أي قدرتم فطعام الاباحة ليس بمقدر ولان المباح له يأكل على ملك المبيح فيهلك المأكول على ملكه ولا كفارة بما يهلك في ملك المكفر وبهذا شرط التمليك في الزكاة والعشر وصدقة الفطر (ولنا) أن النص ورد بلفظ الاطعام قال الله عز شأنه فكفارته اطعام عشرة مساكين والاطعام في متعارف اللغة اسم للتمكين من المطعم لا التمليك قال الله عز شأنه ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيراً والمراد بالاطعام الاباحة لا التمليك وقال النبي عليه الصلاة والسلام أفشوا السلام وأطعموا الطعام والمراد منه الاطعام على وجه الاباحة وهو الامر المتعارف بين الناس يقال فلان يطعم الطعام أي يدعو الناس الى طعامه والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم وانما يطعمون على سبيل الاباحة دون التمليك بل لا يخطر ببال أحد في ذلك التمليك فدل أن الاطعام هو التمكين من التطعم الا أنه اذا ملك جاز لان تحت التمليك تمكيناً لانه اذا ملكه فقد مكنه من التطعم والاكل فيجوز من حيث هو تمكين وكذا اشارة النص دليل على ماقلنا لانه قال اطعام عشرة مساكين والمسكنة هي الحاجة واختصاص المسكين للحاجة الى أكل الطعام دون تملكه تعم المسكين وغيره فكان في اضافة الاطعام الى المساكين اشارة الى أن الاطعام هو الفعل الذي يصير المسكين به متمكنا من التطعم لا التمليك بخلاف الزكاة وصدقة الفطر والعشر أنه لا يجوز فيه طعام الاباحة لان الشرع هناك لم يرد بلفظ الاطعام وانما ورد بلفظ الايتاء والاداء قال الله تعالى في الزكاة وآتوا الزكاة وقال تعالى في العشر وآتوا حقه يوم حصاده وقال النبي عليه الصلاة والسلام في صدقة الفطر أدوا عن كل حر وعبد الحديث والايتاء والاداء يشعران بالتمليك على أن المراد من الاطعام المذكور في النص ان كان هو التمليك كان النص معلولا بدفع حاجة المسكين وهذا يقتضي جواز التمكين على طريق الاباحة بل أولى من وجهين أحدهما أنه أقرب الى دفع الجوع وسد المسكنة من التمليك لانه لا يحصل معنى الدفع والسد بتمليك الحنطة الا بعد طول المدة والا بعد تحمل مؤن فكان الاطعام على طريق الاباحة أقرب الى حصول المقصود من التمليك فكان أحق بالجواز والثاني أن الكفارة جعلت مكفرة للسيئة بما أعطى نفسه من الشهوة التي لم يؤذن له فيها حيث لم يف بالعهد الذي عهد مع الله تعالى عز شأنه بخروج فعله مخرج ناقض العهد ومخلف الوعد فجعلت كفارته بما تنفر عنه الطباع وتتألم وبثقل عليها ليذوق ألم اخراج ماله المحبوب عن ملكه فيكفر ما أعطى نفسه من الشهوة لانه من وجه أذن له فيها ومعنى تألم الطبع فيما قلنا أكثر لان دعاء المساكين وجمعهم على الطعام وخدمتهم والقيام بين أيديهم أشد على الطبع من التصدق عليهم لما جبل طبع الاغنياء على النفرة من الفقراء ومن الاختلاط معهم والتواضع لهم فكان هذا أقرب الى تحقيق معنى التكفير فكان تجويز التمليك تكفيراً تجويزاً لطعام الاباحة تكفيرا من طريق الاولى (وأما) قوله ان الكفارة مفروضة فلابد وان تكون معلومة القدر فنقول هي مقدرة بالكفارة لان الله عز شأنه فرض هذا الاطعام وعرف المفروض باطعام الاهل بقوله عز شأنه من أوسط ما تطعمون أهليكم فلابد وان يكون الاهل معلوماً والمعلوم من طعام الاهل هو طعام الاباحة دون التمليك فدل على أن طعام الاباحة معلوم القدر وقدره الكفارة بطعام الاهل فجاز أن يكون مفروضاً كطعام الاهل فيمكنه الخروج عن عهدة الفرض وأما قوله ان الطعام يهلك على ملك المكفر فلا يقع عن التكفير فممنوع بل كما صار مأكولا فقد زال ملكه عنه الا أنه يزول لا الى أحد وهذا يكفي لصيرورته كفارة كالاعتاق (وأما) الذي يرجع الى مقدار ما يطعم فالمقدار في التمليك هو نصف صاع

من حنطة أو صاع من شعير أو صاع من تمر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي وسيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنهم وذكر فى الاصل بلغنا عن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال ليرفأ مولاه إنى أحلف على قوم لا أعطيهم ثم يبدولى فأعطيهم فاذا أنا فعلت ذلك فأطعم عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاعا من تمر و بلغنا عن سيدنا علي رضى الله عنه أنه قال فى كفارة اليمين اطعام عشرة مساكين نصف صاع من حنطة و به قال جماعة من التابعين سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وابراهيم ومجاهد والحسن وهو قول أصحابنا رضى الله عنهم وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وابن سيدنا عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهم ومن التابعين عطاء وغيره لكل مسكين مد من حنطة وبه أخذ مالك والشافعي رحمهما الله والترجيح لقول سيدنا عمر وسيدنا علي وسيدتنا عائشة رضوان الله عليهم لقوله تعالى عز اسمه من أوسط ما تطعمون أهليكم والمد ليس من الاوسط بل أوسط طعام الاهل يزيد على المد فى الغالب ولان هذه صدقة مقدرة بقوت مسكين ليوم فلا تنقص عن نصف صاع كصدقة الفطر والاذى فان أعطى عشرة مساكين كل مسكين مدا من حنطة فعليه أن يعيد عليهم مدا مدا فان لم يقدر عليهم استقبل الطعام لان المقدار ان لكل مسكين فى التمليك مدا فلا يجوز أقل من ذلك و يجوز فى التمليك الدقيق والسويق و يعتبر فيه تمام الكيل ولا يعتبر فيه القيمة كالحنطة لانه حنطة الا أنه فرقت أجزاؤها بالطحن وهذا التفريق تقريب الى المقصود منها فلا تعتبر فيه القيمة و يعتبر فى تمليك المنصوص عليه تمام الكيل ولا يقوم البعض مقام بعض باعتبار القيمة اذا كان أقل من كيله حتى لو أعطى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من حنطة لا يجوز لانه منصوص عليه فيقع عن نفسه لا عن غيره فأما الارز والذرة والجاورس فلا يقوم مقام الحنطة والشعير فى الكيل لانه غير منصوص عليه وانما جوازه باعتبار القيمة فتعتبر قيمته كالدراهم والدنانير وهذا عند أصحابنا رحمهم الله وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز الا اذا عين المنصوص عليه ولا يجوز دفع القيم والابدال كما فى الزكاة وعندنا يجوز (وجه) قوله ان الله تعالى أمر بالاطعام بقوله جل شأنه فكفارته اطعام عشرة مساكين فالقول بجواز اداء القيمة يكون تغييرا لحكم النص وهذا لا يجوز (ولنا) ماذكرنا ان اطعام المسكين اسم لفعل يتمكن المسكين به من التطعم فى متعارف اللغة لما ذكرنا فيما تقدم وهذا يحصل بتمليك القيمة فكان تمليك القيمة من الفقير اطعاما له فيتناول النص وجواز التمليك من حيث هو تمكين لا من حيث هو تمليك على ما مر ان الاطعام ان كان اسما للتمليك فجوازه معلول بدفع الحاجة وهو المسئلة عرفنا ذلك باشارة النص وضرب من الاستنباط على ما بينا والقيمة فى دفع الحاجة مثل الطعام فورود الشرع بجواز الطعام يكون ورودا بجواز القيمة بل أولى لان تمليك الثمن أقرب الى قضاء حاجة المسكين من تمليك عين الطعام لان به يتوصل الى ما يختاره من الغذاء الذى اعتاد الاغتذاء به فكان أقرب الى قضاء حاجته فكان أولى بالجواز ولما ذكرنا أن التكفير بالاطعام يحمل مكروه الطبع بازاء ما نال من الشهوة وذلك المعنى يحصل بدفع القيمة ولان الكفارة جعلت حقا للمسكين فى أخرج من عليه الطعام الى المستحق بدله وقبله المستحق عن طوع فقد استبدل حقه به فيجب القول بجواز هذا الاستبدال بمنزلة التناول فى سائر الحقوق (وأما) المقدار فى طعام الاباحة فأكلتان مشبعتان غداء وعشاء وهذا قول عامة العلماء وعن ابن سيرين وجابر بن زيد ومكحول وطاوس والشعبي انه يطعمهم أكلة واحدة وقال الحسن وجبة واحدة والصحيح قول العامة لان الله عز وجل عرف هذا الاطعام باطعام الاهل بقوله تعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم وذلك أكلتان مشبعتان غداء وعشاء كذا هذا ولان الله جل شأنه ذكر الاوسط والاوسط ماله حاشيتان متساويتان وأقل عدد له حاشيتان متساويتان ثلاثة وذلك يحتمل أنواعا ثلاثة أحدها الوسط فى صفات المأكول من الجودة والرداءة والثانى الوسط من حيث المقدار من السرف والقتر والثالث الوسط من حيث أحوال الاكل من مرة ومرتين وثلاث مرات فى يوم واحد ولم يثبت بدليل عقلى ولا سمعى تعيين بعض هذه الانواع فيحمل على الوسط من الكل احتياطا ليخرج عن عهدة الفرض بيقين وهو أكلتان فى يوم بين الجيد والردىء والسرف والقتر ولان

أقل الاكل فى يوم مرة واحدة وهو المسمى بالوجبة وهو فى وقت الزوال الى زوال يوم الثانى منه والاكثر ثلاث مرات غداء وعشاء وفى نصف اليوم والوسط مرتان غداء وعشاء وهو الاكل المعتاد فى الدنيا وفى الآخرة أيضاً قال الله سبحانه وتعالى فى أهل الجنة ولهم رزقهم فيها بكرة وعشياً فيحمل مطلق الاطعام على المتعارف وكذلك اذا غداهم وسحرهم أو عشاهم وسحرهم أو غداهم غداءين أو عشاهم عشاءين أو سحرهم سحورين لانهما أكلتان مقصودتان فاذا غداهم فى يومين أو عشاهم فى يومين كان كاكلتين فى يوم واحد معنى الا ان الشرط أن يكون ذلك فى عدد واحد حتى لو غدى عدداً وعشى عدداً آخر لم يجزه لانه لم يوجد فى حق كل مسكين أكلتان ولهذا لم يجز مثله فى التمليك بان فرق حصة مسكين على مسكينين فكذا فى التمكين وسواء كان الطعام مأدوما أو غير مأدوم حتى لو غداهم وعشاهم خبزا بلا إدام أجزأه لقول الله تبارك وتعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين مطلقاً من غير فصل بين المأدوم وغيره وقد أطعم ولان الله عز شأنه عرف الاطعام على وجه الاباحة باطعام الاهل وذلك قد يكون مأدوما وقد يكون غير مأدوم فكذا هذا وكذلك لو أطعم خبز الشعير أو سويقا أو تمراً أجزأه لان ذلك قد يؤكل وحده فى طعام الاهل وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه قال اذا أطعم مسكيناً واحداً غداء وعشاء أجزأه من اطعام مساكين وان لم يأكل الا رغيفاً واحداً لان المعتبر هو الكفاية والكفاية قد تحصل برغيف واحد فلا يعتبر القلة والكثرة فان ملكه الخبز بان أعطاه أربعة أرغفة فان كان يعدل ذلك قيمة نصف صاع من حنطة أجزأه وان لم يعدل لم يجزه لان الخبز غير منصوص عليه فكان جوازه باعتبار القيمة وقال أبو يوسف رحمه الله لو غدى عشرة مساكين فى يوم ثم أعطاهم مداً مداً أجزأه لانه جمع بين التمليك والتمكين وكل واحد منهما جائز حال الانفراد كذا حال الاجتماع ولان الغداء مقدر بنصف كفاية المسكين والمد مقدر بنصف كفايته فقد حصلت له كفاية يوم فيجوز فان أعطى غيرهم مداً مداً لم يجز لانه فرق طعام العشرة على عشرين فلم يحصل لكل واحد منهم مقدار كفايته ولو غداهم وأعطى قيمة العشاء فلوساً أو دراهم أجزأه عندنا خلافاً للشافعى رحمه الله لان القيمة فى الكفارة تقوم مقام المنصوص عليه عندنا وعنده لا تقوم (وأما) الذى يرجع الى المحل المصروف اليه الطعام فمنها أن يكون فقيراً فلا يجوز اطعام الغنى عن الكفارة تمليكا واباحة لان الله تبارك وتعالى أمر باطعام عشرة مساكين بقوله سبحانه فكفارته اطعام عشرة مساكين ولو كان له مال وعليه دين له مطالب من جهة العباد يجوز اطعامه لانه فقير بدليل انه يجوز اعطاء الزكاة اياه فالكفارة أولى ومنها أن يكون ممن يستوفى الطعام وهذا فى اطعام الاباحة حتى لو غدى عشرة مساكين وعشاهم وفيهم صبى أو فوق ذلك لم يجز وعليه اطعام مسكين واحد لقوله جل جلاله من أوسط ما تطعمون أهليكم وذلك ليس من أوسط ما يطعم حتى لو كان مراهقاً جاز لان المراهق يستوفى الطعام فيحصل الاطعام من أوسط ما يطعم ومنها أن لا يكون مملوكه لان الصرف اليه صرف الى نفسه فلم يجز ومنها أن لا يكون من الوالدين والمولودين فلا يجوز اطعامهم تمليكا واباحة لان المنافع بينهم متصلة فكان الصرف اليهم صرفا الى نفسه من وجه ولهذا لم يجز صرف الزكاة اليهم ولا تقبل شهادة البعض للبعض ولما ذكرنا ان الواجب بحق التكفير لما اقترف من الذنب بما أعطى نفسه مناها وأوصلها الى هواها بغير اذن من الآذن وهو الله سبحانه جلت عظمته ففرض عليهم الخروج عن المعصية بما تتألم به النفس وينفر عنه الطبع ليذيق نفسه المرارة بمقابلة اعطائها من الشهوة وهذا المعنى لا يحصل باطعام هؤلاء لان النفس لا تتألم به بل تميل اليه لما جعل الله سبحانه الطبائع بحيث لا تحتمل نزول البلاء والشدة بهم وبحيث يجتهد كل فى دفع الحاجة عنهم مثل الدفع عن نفسه ولو أطعم أخاه أو أخته وهو فقير جاز لان هذا المعنى لا يوجد فى الاخ والاخت فدخل تحت عموم قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين ولو أطعم ولده أو غنيا على ظن أنه أجنبى أو فقير ثم تبين أجزأه فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجوز وهو على الاختلاف الذى ذكرنا فى الزكاة وقد مر الكلام فيه ومنها ان لا يكون هاشميا لان الله تبارك وتعالى كره لهم غسالة أيدى الناس وعوضهم بخمس الخمس من الغنيمة ولو دفع اليه على ظن أنه ليس

بهاشمي ثم ظهر أنه هاشمي فهو على الاختلاف ومنها ان لا يكون زوجا أوزوجة له لان ماشرع له الكفارة وهو تألم الطبع ونفاره بالبذل والاخراج لا يوجد بين الزوجين لما يوجد البذل بينهما شهوة وطبيعة ويكون التناكح لمثله في العرف والشرع على ماروى تنكح المرأة لمالها وجمالها وعلى ماوضع النكاح للمودة والمحبة ولا يتحقق ذلك الا بالبذل ودفع الشح ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر لان أحدهما ينتفع بمال صاحبه فتتمكن التهمة في الشهادة ومنها أن لا يكون حربيا وان كان مستأمنا لان الله تعالى عز شأنه نهانا عن البر بهم والاحسان اليهم بقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين واخرجوكم من دياركم ولان في الدفع الى الحربي اعانة له على الحراب مع المسلمين وقد قال الله سبحانه وتعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ويجوز اعطاء فقراء أهل الذمة من الكفارات والنذور وغير ذلك الا الزكاة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجوز الا النذور والتطوع ودم المتعة (وجه) قوله ان هذه صدقة وجبت بايجاب الله عز شأنه فلا يجوز صرفها الى الكافر كالزكاة بخلاف النذر لانه وجب بايجاب العبد والتطوع ليس بواجب أصلا والتصدق بلحم المتعة غير واجب لان معنى القربة في الاراقة (ولهما) عموم قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من غير فصل بين المؤمن والكافر الا أنه خص منه الحربي بما تلونا فبقي الذمي على عموم النص فكان ينبغي أن يجوز صرف الزكاة اليه الا ان الزكاة خصت بقول النبي عليه الصلاة والسلام لمعاذ حين بعثه الى اليمن خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم أمر عليه الصلاة والسلام برد الزكاة الى من أمر بالاخذ من اغنيائهم والمأخوذ منه المسلمون فكذا المردود عليهم وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام قال أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائهم وأردها في فقرائهم (ووجه) الاستدلال ماذكرنا ولان الكفارة وجبت لدفع المسكنة والمسكنة موجودة في الكفرة فيجوز صرف الصدقة اليهم كما يجوز صرفها الى المسلم بل أولى لان التصدق عليهم بعض مايرغبهم الى الاسلام ويحملهم عليه ولما ذكرنا ان الكفارات وجبت بما اختار من اعطاء النفس شهوتها فيما لا يحل له فتكون كفارتها بكف النفس عن شهوتها فيما يحل له وبذل ما كان في طبعه منعه وهذا المعنى يحصل بالصرف الى الكافر بخلاف الزكاة لانها ماوجبت بحق التكفير بل بحق الشكر ألا ترى انها تجب بلا كسب من جهة العبد وحق الشكر الانفاق في طاعة المنعم والصرف الى المؤمن انفاق على من يصرفه الى طاعة الله جل شأنه فيخرج مخرج المعونة على الطاعة فيحصل معنى الشكر على الكمال والكافر لا يصرفه الى طاعة الله عز شأنه فلا يتحقق معنى الشكر على التمام فأما الكفارات فما عرف وجوبها شكرا بل تكفيرا لاعطاء النفس شهوتها باخراج مافي شهوتها المنع وهذا المعنى في الصرف الى الكافر موجود على الكمال والتمام لذلك افترقا وهل يشترط عدد المساكين صورة في الاطعام تمليكا واباحة قال أصحابنا ليس بشرط وقال الشافعي رحمه الله شرط حتى لو دفع طعام عشرة مساكين وذلك خمسة أصوع الى مسكين واحد في عشرة أيام كل يوم نصف صاع أو غدى مسكينا واحدا أو عشاه عشرة أيام أجزأ عندنا وعنده لا يجزيه الا عن واحد واحتج بظاهر قوله جل شأنه فكفارته اطعام عشرة مساكين نص على عدد العشرة فلا يجوز الاقتصار على مادونه كسائر الاعداد المذكورة في القرآن العظيم كقوله عز شأنه فاجلدوهم ثمانين جلدة وقوله جل شأنه يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا أو نحو ذلك والدليل عليه أنه لو دفع طعام عشرة مساكين الى مسكين واحد دفعة واحدة في يوم واحد لا يجوز (ولنا) ان في النص اطعام عشرة مساكين واطعام عشرة مساكين قد يكون بأن يطعم عشرة مساكين وقد يكون بأن يكفي عشرة مساكين سواء أطعم عشرة مساكين أو لا فاذا أطعم مسكينا واحدا عشرة أيام قدر ما يكفي عشرة مساكين فقد وجد اطعام عشرة مساكين فيخرج عن العهدة على ان معنى اطعام مساكين أن كان هو بأن يطعم عشرة مساكين لكن اطعام عشرة مساكين على هذا التفسير قد يكون صورة ومعنى بأن يطعم عشرة من المساكين عددا في يوم واحد أو في عشرة أيام وقد يكون معنى لا صورة وهو ان يطعم مسكينا واحدا في عشرة أيام لان الاطعام لدفع الجوعة وسد المسكنة وله كل يوم جوعة ومسكنة على حدة لان الجوع يتجدد والمسكنة تحدث في كل يوم ودفع عشر جوعات عن مسكين

واحد

واحد فى عشرة أيام فى معنى دفع عشر جوعات عن عشرة مساكين فى يوم واحد أو فى عشرة أيام فكان هذا اطعام عشرة مساكين معنى فيجوز ونظير هذا ماروى فى الاستنجاء بثلاثة أحجار ثم لو استنجى بالمدر أو بحجر له ثلاثة أحرف جاز لحصول المقصود منه وهو التطهير كذا هذا ولان ما وجبت له هذه الكفارة يقتضى سقوط اعتبار عدد المساكين وهو ما ذكرنا من اذاقة النفس مرارة الدفع وازالة الملك لا بتغاء وجه الله سبحانه وتعالى لتكفير ما أتبعها هواها وأوصلها الى مناها كما خالف الله عز وجل فى فعله بترك الوفاء بعهد الله سبحانه وتعالى وهذا المعنى فى بذل هذا القدر من المال تمليكا واباحة لا فى مراعاة عدد المساكين صورة بخلاف ذكر العدد فى باب الحد والعدة لان اشتراط العدد هناك ثبت نصاً غير معقول المعنى فلا يحتمل التعدية وههنا معقول على ما بينا و بخلاف الشهادات حيث لا تجوز اقامة الواحد فيها فى يومين أو فى دفعتين مقام شهادة شاهدين لان هناك المعنى الذى يحصل بالعدد لا يحصل بالواحد وهو انتفاء التهمة ومنفعة التصديق ونفاذ القول على ما نذكره فى كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى وههنا معنى التكفير ودفع الحاجة وسد المسكنة لا يختلف لما بينا (وأما) اذا دفع طعام عشرة مساكين الى مسكين واحد فى يوم واحد دفعة واحدة أو دفعات فلا رواية فيه واختلف مشايخنا قال بعضهم يجوز وقال عامة مشايخنا لا يجوز الا عن واحد لان ظاهر النص يقتضى الجواز على الوجه الذى بينا الا أنه مخصوص فى حق يوم واحد لدليل كما صار مخصوصا فى حق بعض المساكين من الوالدين والمولودين ونحوهم فيجب العمل به فيما وراء المخصوص ولما ذكرنا ان الاصل فى الطعام هو طعام الاباحة اذ هو المتعارف فى اللغة وهو التغدية والتعشية لدفع الجوع وازالة المسكنة وفى الحاصل دفع عشر جوعات وهذا فى واحد فى حق مسكين واحد لا يكون فلابد من تفريق الدفع على الايام و يجوز أن يختلف حكم التفريق المجتمع كما فى رمى الجمار انه اذا رمى بالحصا متفرقا جاز ولو رمى مجتمعا دفعة واحدة لا يجوز الا عن واحدة ووجد فى مسئلتنا الجواز وكذلك لو غدى رجلا واحداً عشرين يوما أو عشى رجلا واحدا فى رمضان عشرين يوما أجزأه عندنا لما ذكرنا وعند الشافعى لا يجوز لان عدد المساكين عنده شرط ولم يوجد والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الكسوة فالكلام فيها فى ثلاثة مواضع فى بيان قدرها وفى بيان صفتها وفى بيان مصرفها (أما) الاول فأدنى الكسوة ثوب واحد جامع لكل مسكين قميص أو رداء أو كساء أو ملحفة أو جبة أو قباء أو ازار كبير وهو الذى يستر البدن لان الله تعالى ذكر الكسوة ولم يذكر فيه التقدير فكلما يسمى لابسه مكتسيا يجزى وما لا فلا ولا بس ما ذكرنا يسمى مكتسيا فيجزى عن الكفارة ولا تجزى القلنسوة والخفان والنعلان لان لابسهما لا يسمى مكتسيا اذا لم يكن عليه ثوب ولا هى تسمى كسوة فى العرف وأما السراويل والعمامة فقد اختلفت الروايات فيها روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رحمهم الله انه اذا أعطى مسكينا قباء أو كساء أو سراويل أو عمامة سابغة يجوز وروى عن أبى يوسف أنه لا تجزى السراويل والعمامة وهو رواية عن محمد فى الاملاء وروى هشام رحمه الله عنه أن السراويل تجزيه وهذا لا يوجب اختلاف الرواية فى العمامة لان فى رواية الحسن شرط فى العمامة أن تكون سابغة فتحمل رواية عدم الجواز فيها على ما اذا لم تكن سابغة وهى أن لا تكفى تقميص واحد (وأما) السراويل (فوجه) رواية الجواز تجوز فيه الصلاة فيجزى عن الكفارة كالقميص (ووجه) رواية عدم الجواز وهى التى صححها القدورى رحمه الله أن لابس السراويل لا يسمى مكتسيا عرفا وعادة بل يسمى عريانا فلا يدخل تحت مطلق الكسوة وذكر الطحاوى انه اذا كسا امرأة فانه يزيد فيه الخمار وهذا اعتبار جواز الصلاة فى الكسوة على ما روى عن محمد لان رأسها عورة لا تجوز صلاتها مع انكشافه ولو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة ولكنه يجزى من الطعام عندنا اذا كان يساوى نصف صاع من حنطة (أما) عدم جوازه من الكسوة فلان الواجب هو الكسوة و نصف ثوب لا يسمى كسوة لا يجوز أن تعتبر قيمته عن كسوة رديئة لان الشىء لا يكون بدلا عن نفسه (وأما) جوازه عن الطعام اذا بلغ قيمته نصف صاع فلان القيمة تجوز بدلا عن الكسوة عندنا كما تجوز بدلا

عن الطعام والوجه فيه على نحو ماذكرنا فى الطعام وهل تشترط نية البدلية قال أبو يوسف تشترط ولا تجزى الكسوة عن الطعام الا بالنية وقال محمد لا تشترط ونية التكفير كافية (وجه) قول محمد ان الواجب عليه ليس الا التكفير فيستدعى نية التكفير وقد وجدت فيجزيه كما لو أعطى المساكين دراهم بنية الكفارة وهى لا تبلغ قيمة الكسوة وتبلغ قيمة الطعام جازت عن الطعام ولو كانت لا تبلغ قيمة الطعام وتبلغ قيمة الكسوة جازت عن الكسوة من غير نية البدلية كذا هذا (وجه) قول أبى يوسف ان المؤدى يحتمل الجواز عن نفسه لانه يمكن تكميله بضم الباقى اليه فلا يصير بدلا الا بجعله بدلا وذلك بالنية بخلاف الدراهم لانه لا جواز لها عن نفسها لانها غير منصوص عليها فكانت متعينة للبدلية فلا حاجة الى التعيين وكذلك لو كسا كل مسكين قلنسوة أو خفين أو نعلين لم يجزه فى الكسوة وأجزأه فى الطعام اذا كان يساوى به فى القيمة عند أصحابنا لما قلنا وكذا لو أعطى عشرة مساكين ثوبا واحدا بينهم كثير القيمة نصيب كل مسكين منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه فى الكسوة وأجزأه فى الطعام لما ذكرنا ان الكسوة منصوص عليها فلا تكون بدلا عن نفسها وتصلح بدلا عن غيرها كما لو أعطى كل مسكين ربع صاع من حنطة وذلك يساوى صاعا من تمر انه لا يجزى عن الطعام وان كان مد من حنطة يساوى ثوبا يجزى عن الكسوة لان الطعام يجوز أن يكون قيمة عن الثوب ولا يجوز أن يكون قيمة عن الطعام لان الطعام كله شىء واحد لان المقصود منه واحد فلا يجوز بعضه عن بعض بخلاف الطعام مع الكسوة لانهما متغايران ذاتا ومقصودا فجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر وكذا لو أعطى عشرة مساكين دابة أو عبدا وقيمته تبلغ عشرة أثواب جاز فى الكسوة وان لم تبلغ قيمته عشرة أثواب و بلغت قيمة الطعام أجزأه عنه عندنا لان دفع البدل فى باب الكفارة جائز عندنا قال أبو يوسف لو أن رجلا عليه كفارة يمين فأعطى عشرة مساكين مسكينا نصف صاع من حنطة ومسكينا صاعا من شعير ومسكينا ثوبا وغدى مسكينا وعشاه لم يجزه ذلك حتى يكمل عشرة من أحد النوعين لان الله تبارك وتعالى جعل الكفارة أحد الانواع الثلاثة من الاطعام أو الكسوة أو التحرير بقوله تبارك وتعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الى قوله تعالى أو كسوتهم وأو تتناول أحدها فلا تجوز الجمع بينهما لانه يكون نوعا رابعا وهذا لا يجوز لكنه اذا اختار الطعام جاز له أن يعطى مسكينا حنطة ومسكينا شعيرا ومسكينا تمرا لان اسم الطعام يتناول الكل ولو أعطى نصف صاع من تمر جيد يساوى نصف صاع من بر لم يجز الا عن نفسه بقدره لان التمر منصوص عليه فى الاطعام كالبر فلا يجزى أحدهما عن الآخر كما لا يجوز الثمن عن التمر ويجزى التمر عن الكسوة لان المقصود من كل واحد منهما غير المقصود من الآخر فجاز اخراج أحدهما عن الآخر بالقيمة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفة الكسوة فهى انها لا تجوز الا على سبيل التمليك بخلاف الاطعام عندنا لان الكسوة لدفع حاجة الحر والبرد وهذه الحاجة لا تندفع الا بتمليك لانه لا ينقطع حقه الا به فأما الاطعام فلدفع حاجة الجوع وذلك يحصل بالطعم لان حقه ينقطع به و يجوز أداء القيمة عن الكسوة كما يجوز عن الطعام عندنا خلافا للشافعى رحمه الله ولو دفع كسوة عشرة مساكين الى مسكين واحد فى عشرة أيام جاز عندنا وعند الشافعى لا يجوز الا عن مسكين واحد كما فى الاطعام ولو أطعم خمسة مساكين على وجه الاباحة وكسا خمسة مساكين فان أخرج ذلك على وجه المنصوص عليه لا يجوز لما ذكرنا أن الله تبارك وتعالى أوجب أحد شيئين فلا يجمع بينهما وان أخرجه على وجه القيمة فان كان الطعام أرخص من الكسوة أجزأه وان كانت الكسوة أرخص من الطعام لم يجزه لان الكسوة تمليك فجاز أن تكون بدلا عن الطعام ثم اذا كانت قيمة الكسوة مثل قيمة الطعام فقد أخرج الطعام وان كانت أغلى فقد أخرج قيمة الطعام وزيادة فجاز وصار كما لو أطعم خمسة مساكين طعام الاباحة وأدى قيمة طعام خمسة مساكين طعام الاباحة وأداء قيمة طعام خمسة مساكين أو أكثر جائز عندنا كذا هذا واذا كانت قيمة الكسوة أرخص من قيمة الطعام لا يكون الطعام بدلا عنه لان طعام الاباحة ليس بتمليك فلا يقوم مقام التمليك وهو الكسوة لان الشىء لا يقوم مقام ما هو فوقه ولو أعطى خمسة مساكين وكسا خمسة جاز وجعل أغلاهما ثمنا بدلا عن أرخصهما ثمنا أيهما كان لان كل واحد منهما تمليك فجاز أن

يكون أحدهما بدلا عن الآخر (وأما) مصرف الكسوة فمصرفها هو مصرف الطعام وقد ذكرناه (وأما) التحرير فلجوازه عن التكفير شرائط تختص به (فمنها) ملك الرقبة حتى لو أعتق انسان عبده عن كفارة الغير لا يجوز وان أجاز ذلك الغير لان الاعتاق وقع عنه فلا توقف على غيره وكذا لو قال لغيره أعتق عبدك عن كفارتي فأعتق لم يجز عن كفارته وعتق العبد ولو قال أعتق عبدك على ألف درهم عن كفارة يميني فأعتقه أجزأه عند أصحابنا الثلاثة لان العتق يقع عن الآخر وعند زفر رحمه الله لا يجزيه لان العتق عن المأمور ولو قال اعتق عبدك عني عن كفارة يميني ولم يذكر البدل لم يجزه عن الكفارة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان العتق يقع عن الآمر والمسألة قد مرت في كتاب الولاء فرق بين هذا وبين الكسوة والاطعام ان هناك يجزيه عن الكفارة وان لم يذكر البدل وعن الاعتاق لا يجوز عندهما (ووجهه) أن التمليك بغير بدل هبة ولا جواز لها بدون القبض ولم يوجد القبض في الاعتاق ووجد في الاطعام والكسوة لان قبض الفقير يقوم مقام قبض المكفر (ومنها) أن تكون الرقبة كاملة للمعتق وهو أن تكون كلها ملك المعتق وان شئت قلت ومنها حصول كمال العتق للرقبة بالاعتاق لان التحرير المطلق مضافا الى الرقبة لا يتحقق بدونه وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق عبدا بين اثنين لا يجزئه عن الكفارة لان اعتاق عبد بين رجلين يوجب تفريق العتق في شخصين فلا يحصل لكل واحد منهما عتق كامل لانعدام كمال الملك له في كل واحد منهما فالواجب عليه صرف عتق كامل الى شخص واحد فاذا فرقه لا يجوز كما لو أعطى طعام مسكين واحد الى مسكينين بخلاف شاتين بين رجلين ذكياهما عن نسكيهما أجزأهما لان الشركة في النسك جائزة اذا أصاب كل واحد منهما مقدار شاة بدليل انه يجوز بدنة واحدة لسبعة فكان الشرط في باب النسك أن يكون مقدار شاة وقد وجد وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق عبدا بينه وبين غيره وهو موسر أو معسر انه لا يجوز عن الكفارة عند أبي حنيفة رضي الله عنه لنقصان الملك والعتق لان العتق يتجزأ عنده وعندهما ان كان موسرا يجوز وان كان معسرا لا يجوز لانه تجب السعاية على العبد اذا كان معسرا فيكون اعتاقا بعوض واذا كان موسرا لا سعاية على العبد (ومنها) أن تكون الرقبة كاملة الرق لان المأمور به تحرير رقبة مطلقا والتحرير تخليص عن الرق فيقتضي كون الرقبة مرقوقة مطلقة ونقصان الرق فوات جزء منه فلا تكون الرقبة مرقوقة مطلقة فلا يكون تحريرها مطلقا فلا يكون آتيا بالواجب وعلى هذا يخرج تحرير المدبر وأم الولد عن الكفارة انه لا يجوز لنقصان رقهما لثبوت الحرية من وجه أو حق الحرية بالتدبير والاستيلاد حتى امتنع تمليكها بالبيع والهبة وغيرهما (واما) تحرير المكاتب عن الكفارة فجائز استحسانا اذا كان لم يؤد شيأ من بدل الكتابة والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله ولو كان أدى شيأ من بدل الكتابة لا يجوز تحريره عن الكفارة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما انه يجوز ولو عجز عن أداء بدل الكتابة ثم أعتقه جاز بلا خلاف سواء كان أدى شيأ من بدل الكتابة أو لم يؤد (وجه) القياس ان الاعتاق ازالة الملك وملك المولى من المكاتب زائل اذ الملك عبارة عن القدرة الشرعية على التصرفات الحسية والشرعية من الاستخدام والاستفراش والبيع والهبة والاجارة ونحوها وهذه القدرة زائلة عن المولى في حق المكاتب فانه لا يملك شيأ من ذلك عليه والدليل انه لو قال كل مملوك لي حر لا يدخل فيه المكاتب وكذا لو وطئت المكاتبة بشبهة كان العقر لها لا للمولى واذا جنى على المكاتب كان الارش له لا للمولى فدل ان ملكه زائل فلا يجوز اعتاقه عن الكفارة ولهذا تسلم له الاولاد والاكساب ولا يسلم ذلك بالاعتاق المبتدأ فدل ان العتق يثبت بجهة الكتابة (ولنا) لبيان ان الملك ملك المولى النص ودلالة الاجماع والمعقول (اما) النص فقول النبي عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والعبد المضاف الى العباد اسم للمملوك من بني آدم في عرف اللغة والشرع ولهذا لو قال كل عبد لي فهو حر دخل فيه المكاتب والله جل وعلا أعلم (وأما) دلالة الاجماع فانه لو أدى بدل الكتابة أو أبرأه المولى عن البدل يعتق ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم

(وأما) المعقول فهو ان الملك كان ثابتا له فيه قبل العقد والعارض ليس الا لفظ الكتابة وليس فيه ما ينبئ عن زوال الملك لان الكتابة تستعمل فى الفرض والتقدير وفى الكتابة المعرفة وشئ من ذلك لا ينبئ عن زوال الملك فيبقى الملك على ما كان قبل العقد (وأما) قوله ان الملك هو القدرة الشرعية على التصرفات الحسية والشرعية وهى غير ثابتة للمولى فممنوع ان الملك هو القدرة بل هو اختصاص المالك بالمملوك فملك العين هو اختصاص المالك بالعين وكونه أحق بالعين من غيره ثم قد يظهر أثره فى جواز التصرفات وقد لا يظهر مع قيامه فى نفسه لقيام حق الغير فى المحل حقا محترما كالمرهون والمستأجر وانما لا يدخل فى اطلاق قوله كل مملوك لى فهو حر لا لخلل فى الملك لانه لا خلل فيه كما بينا بل لخلل فى الاضافة لكونه حرا يدا فلم يدخل تحت مطلق الاضافة حتى لو نوى يدخل وسلامة الاولاد والاكساب ممنوعة فى الفرع والرواية فيما أدى بدل الكتابة أو أبرأه عنها كذا قال أستاذ أستاذى الشيخ الامام فخر الاسلام على بن محمد البزدوى ولئن سلمنا سلامة الاكساب والاولاد ولكن لم قلتم ان السلامة تثبت حكما لثبوت العتق بجهة الكتابة السابقة بل تثبت حكما لثبوت العتق بالاعتاق الموجود فى حال الكتابة بدليل انه يسقط عنه بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يسقط بثبوت العتق بجهة الكتابة بل يتقرر به (وأما) اذا كان أدى بعض بدل الكتابة فاعتقه عن الكفارة فممنوع على رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه (وأما) التخريج على ظاهر الرواية فظاهر أيضا لانه لما أدى بعض بدل الكتابة فقد حصل للمولى عوضا عن بعض رقبته فيكون فى معنى الاعتاق بعوض وذا لا يجزئ عن التكفير كذا هذا والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق نصف عبده عن كفارة ثم أعتق النصف الآخر عنها انه يجزئه (اما) على أصل أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فظاهر لان اعتاق النصف اعتاق الكل لان العتق لا يتجزأ فلم يتطرق الى الرق نقصان (واما) على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه فالعتق وان كان متجزئا وحصل باعتاق النصف الاول نقصان لكن النقصان حصل مصروفا الى الكفارة فى رق النصف الآخر لاستحقاقه حق الحرية بتخريجه الى الاعتاق لانه حين ما أعتق النصف الاول كان النصف الآخر على ملكه فامكن صرف النقصان الى الكفارة فصار كأنه أعتق النصف وبعض النصف الكامل وهو ما انتقص منه ثم أعتق البقية فى المرة الثانية بخلاف ما اذا أعتق نصف عبد بينه وبين آخر وهو موسر فضمنه صاحبه نصف قيمته ثم أعتق النصف الآخر انه لا يجوز عند أبى حنيفة رضى الله عنه لان اعتاق النصف الاول أوجب نقصانا فى النصف الباقى ولا يمكن أن يجعل كأنه صرف ذلك النقصان الى الكفارة لانه لا ملك له فى ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة ثم بعد أداء النصف الباقى صرفه الى الكفارة وهو ناقص فيصير فى الحقيقة معتقا عن الكفارة عبدا الا قدر النقصان (وأما) على أصلهما فيجوز فى المسئلتين لان العتق عندهما لا يتجزأ فكان اعتاق البعض اعتاق الكل دفعة واحدة فلا يتمكن نقصان الرق فى الرقبة فيجوز ولو أعتق عبدا حلال الدم جاز لان حل الدم لا يوجب نقصانا فى الرق فكان كامل الرق وانما وجب عليه حق فأشبه العبد المديون (ومنها) أن تكون كاملة الذات وهو أن لا يكون جنس من أجناس منافع أعضائها فائتا لانه اذا كان كذلك كانت الذات هالكة من وجه فلا يكون الموجود تحرير رقبة مطلقة فلا يجوز عن الكفارة وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق عبدا مقطوع اليدين أو الرجلين أو مقطوع يد واحدة ورجل واحدة من جانب واحد أو يابس الشق مفلوجا أو مقعدا أو زمنا أو أشل اليدين أو مقطوع الابهامين من اليدين أو مقطوع ثلاثة أصابع من كل يد سوى الابهامين أو أعمى أو مفقود العينين أو معتوها مغلوبا أو أخرس أن لا يجوز عن الكفارة لفوات جنس من أجناس المنفعة وهى منفعة البطش بقطع اليدين وشللهما وقطع الابهامين لان قطع الابهامين يذهب بقوة اليد فكان كقطع اليدين وقطع ثلاثة أصابع من كل يد لان منفعة البطش تفوت به ومنفعة المشى بقطع الرجلين وبقطع يد ورجل من جانب والزمانة والفلج ومنعه النظر بالعمى وفقء العينين ومنفعة الكلام بالخرس ومنفعة العقل بالجنون ويجوز اعتاق الاعور ومفقود احدى العينين والاعشى

ومقطوع يد واحدة أو رجل واحدة ومقطوع يد و رجل من خلاف وأشل يد واحدة ومقطوع الاصبعين من كل يد سوى الابهامين والعينين والخصى والمجبوب والخنثى والامة الرتقاء والقرناء وما يمنع من الجماع لان منفعة الجنس في هذه الاعضاء قائمة ويجوز مقطوع الاذنين لان منفعة السمع قائمة وانما الاذن الشاخصة للزينة وكذا مقطوع الانف لان الفائت هو الجمال (وأما) منفعة الشم فقائمة وكذا ذاهب شعر الرأس واللحية والحاجبين لان الشعر للزينة وكذا مقطوع الشفتين اذا كان يقدر على الاكل لان منفعة الجنس قائمة وانما عدمت الزينة ولا يجزئ ساقط الاسنان لانه لا يقدر على الاكل ففاتت منفعة الجنس (وأما) الاصم فالقياس أن لا يجوز لفوات جنس المنفعة وهي منفعة السمع فأشبه الاعمى و يجوز استحسانا لان أصل المنفعة لا يفوت بالصمم وانما ينقص لان ما من أصم الا و يسمع اذا بولغ في الصياح الا اذا كان أخرس كذا قيل فلا يفوت بالصمم أصل المنفعة بل ينتقص ونقصان منفعة الجنس لا يمنع جواز التكفير وقيل هذا اذا كان في اذنه وقر فاما اذا كان بحال لو جهر بالصوت في اذنه لا يسمع لا يجوز ولو أعتق جنينا لم يجزه عن الكفارة وان كان ولد بعد يوم جنايته لان المأمور به تحرير رقبة والجنين لا يسمى رقبة ولانه لا يبصر فأشبه الاعمى (ومنها) أن يكون الاعتاق بغير عوض فان كان بعوض لا يجوز لان الكفارة عبارة عما يكون شاقا على البدن فاذا قابله عوض لا يشق عليه اخراجه عن ملكه ولما ذكرنا ان كفارة اليمين انما تجب لاذاقة النفس مرارة زوال الملك بمقابلة ما استوفت من الشهوات في غير حلها وهذا المعنى لا يحصل اذا كان بعوض لان الزائل الى عوض قائم معنى فلا يتحقق ما وضعت له هذه الكفارة وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق عبده على مال عن كفارته انه لا يجوز وان أبرأه بعد ذلك عن العوض لا يجوز أيضا لانه وقع لا عن جهة التكفير ومضى على وجه فلا ينقلب كفارة بعد ذلك كما لو أعتق بغير نية الكفارة ثم نوى بعد العتق ولو كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو معسر عن كفارته لا يجزيه لان للشريك أن يستسعي العبد في نفسه بالاتفاق فيصير في معنى الاعتاق بعوض ولو كان في رقبة العبد دين فأعتقه المولى عن كفارته فاختار الغرماء استسعاء العبد أجزأه عن الكفارة لان السعاية ليست بعوض عن الرق وانما هي لدين لزم العبد قبل الحرية فيسعى وهو حر فلا يمنع جواز الاعتاق عن الكفارة وكذا لو أعتق عبدا رهنا فسعى العبد في الدين فانه يرجع على المولى و يجوز عن الكفارة لان السعاية ليست بدل الرق لانها ما وجبت للتخريج الى الاعتاق لحصول العتق بالاعتاق السابق وانما هي لدين لزمه عن المولى وان كان موسرا لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه لنقصان الملك والرق أيضا على ما بينا ألا ترى أنه لا يعتق الا نصفه عنده لتجزي العتق عنده وعندهما لا يجوز لان العتق لا يتجزأ عندهما فيتكامل ولا يتكامل الملك فيتملك نصيب الشريك بمقتضى الاعتاق و يسار المعتق يمنع استسعاء العبد عندهما فعري الاعتاق عن العوض فجاز ولو أعتق عبدا في مرض موته عن الكفارة وليس له مال غيره لم يجزه عن الكفارة لانه يعتق ثلثه و يسعى في ثلثيه فيصير بعضه ببدل و بعضه بغير بدل فلم يجز والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الحنث في كفارة اليمين فلا يجوز تكفير اليمين قبل الحنث وهو قول الشافعي رحمه الله في التكفير بالصوم (وأما) التكفير بالمال فجائز عنده والمسئلة مرت في كتاب الايمان (وأما) الموت فليس بشرط في كفارة القتل حتى يجوز التكفير فيها بعد الجرح قبل الموت وقد ذكرنا وجه الفرق بين الكفارتين في كتاب الايمان والله عز وجل الموفق و يستوي في التحرير الرقبة الكبيرة والصغيرة والذكر والانثى لاطلاق اسم الرقبة في النصوص فان قيل الصغير لا منافع لاعضائه فينبغي أن لا يجوز اعتاقه عن الكفارة كالذمي وكذا لا يجزي اطعامه عن الكفارة فكذا اعتاقه فالجواب عن الاول أن أعضاء الصغير سليمة لكنها ضعيفة وهي بعرض أن تصير قوية فأشبه المريض وهذا لان سلامة الاعضاء اذا كانت ثابتة يشق عليه اخراجه عن ملكه أكثر مما يشق عليه اخراج فائت جنس المنفعة وذا جائز فهذا أولى (وأما) اطعامه عن الكفارة فجائز على طريق التمليك وانما لا يجوز على سبيل الاباحة لانه لا يأكل أكلا معتادا و يستوي فيه الرقبة المؤمنة

والكافرة وكذا فى كفارة الظهار عندنا (وأما) فى كفارة القتل فلا يجوز فيها الا المؤمنة بالاجماع وقال الشافعى رضى الله عنه لا يجوز فى الكفارات كلها الا المؤمنة والاصل فيه أن النص الوارد فى كفارة اليمين وكفارة الظهار مطلق عن قيد ايمان الرقبة والنص الوارد فى كفارة القتل مقيد بقيد الايمان فحمل الشافعى رحمه الله المطلق على المقيد ونحن أجرينا المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده (وجه) قوله أن المطلق فى معنى المجمل والمقيد فى معنى المفسر والمجمل يحمل على المفسر ويصير النصان فى معنى كنص المجمل والمفسر ولهذا حمل المطلق على المقيد فى باب الشهادة والزكاة وكفارة اليمين حتى شرطت العدالة لوجوب قبول الشهادة والاسامة لوجوب الزكاة وشرط التتابع فى صوم كفارة اليمين كذا ههنا (ولنا) وجهان أحدهما طريق مشايخنا بسمرقند وهو ان حمل المطلق على المقيد ضرب النصوص بعضها فى بعض وجعل النصين كنص واحد مع امكان العمل بكل واحد منهما وهذا لا يجوز بخلاف المجمل لانه غير ممكن العمل بظاهره والثانى طريق مشايخ العراق وهو أن حمل المطلق على المقيد نسخ للاطلاق لان بعد ورود النص المقيد لا يجوز العمل بالمطلق بل ينسخ حكمه وليس النسخ الا بيان منتهى مدة الحكم الاول ولا يجوز نسخ الكتاب بالقياس ولا بخبر الواحد وقوله المطلق فى معنى المجمل ممنوع لان المجمل لا يمكن العمل بظاهره والمطلق يمكن العمل بظاهره إذ هو اسم لما يتعرض للذات دون الصفات فيمكن العمل باطلاقه من غير الحاجة الى البيان فلا ضرورة الى حمل المطلق على المقيد وفى الموضع الذى حمل انما حمل لضرورة عدم الامكان وذلك عند اتحاد السبب والحكم لاستحالة ثبوت حكم واحد فى زمان واحد مطلقا ومقيدا فيخرج على البيان وعلى الناسخ وعلى الاختلاف المعروف بين مشايخنا أن تقييد المطلق بيان أو نسخ وعند اختلاف السبب لا ضرورة فلا يحمل والله عز وجل أعلم وبه تبين أن شرط الايمان فى كفارة القتل ثبت نصا غير معقول المعنى فيقتصر على مورد النص ويمكن أن يقال ان تحرير رقبة موصوفة بصفة الايمان فى باب القتل ما وجب بطريق التكفير لان الكفارة كاسمها ستارة للذنوب والمؤاخذات فى الآخرة والله سبحانه وتعالى وضع المؤاخذة فى الخطأ بدعاء النبى عليه أشرف التحية ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا وقال النبى عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وانما وجبت بطريق الشكر لسلامة نفسه فى الدنيا عن القصاص وفى الآخرة عن العقاب لان حفظ النفس عن الوقوع فى الخطا مقدور فى الجملة بالجهد والجد والتكلف فجعل الله سبحانه وتعالى تحرير رقبة موصوفة بكونها مؤمنة شكراً لتلك النعمة والتحرير فى اليمين والظهار يجب بطريق التكفير اذ لم يعرف ارتفاع المؤاخذة الثابتة ههنا فوجب التحرير فيهما تكفيراً فلا يستقيم القياس فان قيل اذا حنث فى يمينه خطأ كان التحرير شكراً على ماقلتم فينبغى أن يقاس على القتل فى ايجاب تحرير رقبة مؤمنة فالجواب أنه لا يمكن القياس فى هذه الصورة أيضا لما ذكرنا أن تحرير المؤمن جعل شكراً لنعمة خاصة وهى سلامة الحياة فى الدنيا مع ارتفاع المؤاخذة فى الآخرة وفى باب اليمين النعمة هى ارتفاع المؤاخذة فى الآخرة فحسب إذ ليس ثمة موجب دنيوى يسقط عنه فكانت النعمة فى باب القتل فوق النعمة فى باب اليمين وشكر النعمة يجب على قدر النعمة كالجزاء على قدر الجناية ولا يعلم مقدار الشكر الا من علم مقدار النعمة وهو الله سبحانه وتعالى فلا تمكن المقايسة فى هذه الصورة أيضاً والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) كفارة الظهار والافطار والقتل فأما التحرير فجميع ماذكرنا أنه شرط جوازه فى كفارة اليمين فهو شرط جوازه فى كفارة الظهار والافطار والقتل وما ليس بشرط لجواز التحرير فى كفارة اليمين فليس بشرط لجوازه فى تلك الكفارات الا ايمان الرقبة خاصة فانه شرط الجواز فى كفارة القتل بالاجماع وكذا كمال العتق قبل المسيس فى كفارة الظهار وهذا تفريع على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه خاصة حتى لو أعتق نصف عبده ثم وطئ ثم أعتق ما بقى فعليه أن يستقبل عتق الرقبة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان العتق يتجزأ عند أبى حنيفة عليه الرحمة فلم يوجد تحرير كامل قبل المسيس فيلزمه الاستقبال (وأما) الصوم فقدر الصوم فى كفارة اليمين ثلاثة أيام لقوله سبحانه وتعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام وكذا

فى كفارة الحلق لحديث كعب بن عجرة رضى الله عنه ذكرناه فى كتاب الحج وفى القتل والظهار والافطار صوم شهرين لورود النص به (وأما) شرط جواز هذه الصيامات فلجواز صيام الكفارة شرائط مخصوصة منها النية من الليل حتى لا يجوز بنية من النهار بالاجماع لانه صوم غير عين فيستدعى وجوب النية من الليل لما ذكرنا فى كتاب الصوم (ومنها) التتابع فى غير موضع الضرورة فى صوم كفارة الظهار والافطار والقتل بلا خلاف لان التتابع منصوص عليه فى هذه الكفارات الثلاثة قال الله تبارك وتعالى فى كفارتى القتل والافطار فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وقال النبى عليه الصلاة والسلام للاعرابى صم شهرين متتابعين بخلاف صوم قضاء رمضان لان الله سبحانه وتعالى أمر به من غير شرط التتابع بقوله تبارك وتعالى فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر (وأما) صوم كفارة اليمين فيشترط فيه التتابع أيضاً عندنا وعند الشافعى لا يشترط بل هو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق واحتج بظاهر قوله تبارك وتعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام من غير شرط التتابع (ولنا) قراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما فصيام ثلاثة أيام متتابعات وقراءته كانت مشهورة فى الصحابة رضى الله تعالى عنهم فكانت بمنزلة الخبر المشهور لقبول الصحابة رضى الله عنهم إياها تفسيرا للقرآن العظيم ان لم يقبلوها فى كونها قرآناً فكانت مشهورة فى حق حكم الصحابة رضى الله عنهم إياها فى حق وجوب العمل فكانت بمنزلة الخبر المشهور والزيادة على الكتاب الكريم بالخبر المشهور جائزة بلا خلاف و يجوز بخبر الواحد وكذا عند بعض مشايخنا على ما عرف فى أصول الفقه وعلى هذا يخرج ما اذا أفطر فى خلال الصوم انه يستقبل الصوم سواء أفطر لغير عذر أو لعذر مرض أو سفر لفوت شرط التتابع وكذلك لو أفطر يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق فانه يستقبل الصيام سواء أفطر فى هذه الايام أو لم يفطر لان الصوم فى هذه الايام لا يصلح لاسقاط ما فى ذمته لان ما فى ذمته كامل والصوم فى هذه الايام ناقص لمجاورة المعصية إياه والناقص لا ينوب عن الكامل ولو كانت امرأة فصامت عن كفارة الافطار فى رمضان أو عن كفارة القتل فحاضت فى خلال ذلك لا يلزمها الاستقبال لانها لا تجد صوم شهرين لا تحيض فيهما فكانت معذورة وعليها أن تصلى أيام القضاء بعد الحيض بما قبله حتى لو لم تصل وأفطرت يوماً بعد الحيض استقبلت لانها تركت التتابع من غير ضرورة ولو نفست تستقبل لعدم الضرورة لانها تجد شهرين لا نفاس فيهما ولو كانت فى صوم كفارة اليمين فحاضت فى خلال ذلك تستقبل لانها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها فلا ضرورة الى سقوط اعتبار الشرط ولو جامع امرأته التى لم يظاهر منها بالنهار ناسياً أو بالليل عامداً أو ناسياً أو أكل بالنهار ناسياً لا يستقبل لان الصوم لم يفسد فلم يفت شرط التتابع (ومنها) عدم المسيس فى الشهرين فى صوم كفارة الظهار سواء فسد الصوم أو لا فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الشرط عدم فساد الصوم حتى لو جامع امرأته التى ظاهر منها بالليل عامداً أو ناسياً أو بالنهار ناسيا استقبل عندهما وعند أبى يوسف يمضى على صومه وبه أخذ الشافعى (وجه) قول أبى يوسف ان هذا الجماع لا ينقطع به التتابع لأنه لا يفسد الصوم فلا يجب الاستقبال كما لو جامع امرأة أخرى ثم ظاهر منها والصحيح قولنا لان المأمور به صوم شهرين متتابعين لا مسيس فيهما بقوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فاذا جامع فى خلالهما فلم يأت بالمأمور به ولو جامعها بالنهار عامداً استقبل بالاتفاق (أما) عندهما فلوجود المسيس (وأما) عنده فلانقطاع التتابع لوجود فساد الصوم (وأما) وجوب كفارة الحلق فصاحبه بالخيار ان شاء فرق لاطلاق قوله تبارك وتعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك من غير فصل (وأما) الاطعام فى كفارتى الظهار والافطار فالكلام فى جوازه صفة وقدراً ومحلا كالكلام فى كفارة اليمين وقد ذكرناه وعدم المسيس فى خلال الاطعام فى كفارة الظهار ليس بشرط حتى لو جامع فى خلال الاطعام لا يلزمه الاستئناف لان الله تبارك وتعالى لم يشترط ذلك فى هذه الكفارة لقوله سبحانه وتعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا من غير شرط ترك المسيس الا أنه منع من الوطء قبله لجواز أن يقدر على الصوم أو الاعتكاف فتنتقل الكفارة اليهما فيتبين ان الوطء كان حراما على ما ذكرنا فى كتاب الظهار

والكلام فى الاطعام فى كفارة الحلق كالكلام فى كفارة اليمين الا فى عـدد من يطعم وهم ستة مساكين لحديث كعب ابن عجرة رضى الله عنـه فأما فى الصفة والقدر والمحل فلا يختلفان حتى يجوز فيه التمليـك والتمكين وهـذا قول أبى يوسف وقال محمد لا يجوز فيها الا التمليك كذا حكى الشيخ القدورى رحمه الله الخلاف وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله قول أبى حنيفة مع أبى يوسف (وجـه) قول محمد رحمـه الله ان جواز التمكين فى طعام كفارة اليمين لورود النص بلفظ الاطعام اذ هو فى عرف اللغة اسم لتقديم الطعام على وجـه الاباحة والنص ورد ههنا بلفظ الصدقة وانها تقتضى التمليك لـكنه معلل بدفع الحاجة والتصدق تمليك فأشبه الزكاة والعشر (ولهما) ان النص وان ورد بلفظ الصدقة وانها تقتضى التمليك لـكنه معلل بدفع الحاجة وذا يحصل بالتمكين فوق ما يحصل بالتمليك على ما بينا ولهذا جاز دفع القيمة وان فسرت الصدقة بثلاثة أصوع فى حديث كعب بن عجرة رضى الله عنـه ولو وجب عليه كفارة يمين فلم يجد ما يعتق ولا ما يكسو ولا ما يطعم عشرة مساكين وهو شيـخ كبير لا يقـدر على الصوم فأراد أن يطعم سـتة مساكين عن صـيام ثلاثة أيام لم يجز الا أن يطعم عشرة مساكين لان الصوم بدل والبـدل لا يكون له بدل فاذا عجز عن البدل تأخر وجوب الاصل وهو أحـد الاشياء الثـلاثة الى وقت القدرة وان كان عليـه كفارة القتل أو الظهار أو الافطار ولم يجد ما يعتق وهو شيخ كبير لا يقدر على الصوم ولا يجد ما يطعم فى كفارة الظهار والافطار يتأخر الوجوب الى أن يقدر على الاعتاق فى كفارة القتل وعلى الاعتاق أو الاطعام فى كفارة الظهار والافطار لان ايجاب الفـعل على العاجز محال والله أعلم

﴿كتاب الاشربة﴾

الكلام فى هـذا الـكتاب فى مواضع فى بيان أسماء الاشربة المعروفة المسكرة وفى بيان معانيها وفى بيان أحكامها وفى بيان حد السكر (أما) أسماؤها فالخمر والسكر والفضيخ ونقيع الزبيب والطلاء والباذق والمنصف والمثلث والجمهورى وقد يسمى أبو سقيا والخليطان والمزر والجعة والبتع (أما) بيان معانى هذه الاسماء أما الخمر فهو اسم للنىء من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وهذا عند أبى حنيفة عليه الرحمة وعند أبى يوسف ومحمد عليهما الرحمـة ماء العنب اذا غـلا واشتد فقد صار خمرا وترتب عليه أحكام الخمر قذف بالزبد أو لم يقذف به (وجه) قولهما أن الركن فيها معنى الاسكار وذا يحصل بدون القذف بالزبد (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله أن معنى الاسكار لا يتكامل الا بالقذف بالزبد فلا يصير خمرا بدونه (وأما) السكر فهو اسم للنىء من ماء الرطب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لم يقذف على الاختلاف وأما الفضيخ فهو اسم للنىء من ماء البسر المنضوخ وهو المدقوق اذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لا على الاختـلاف (وأما) نقيع الزبيب فهو اسم للنىء من ماء الزبيب المنقوع فى الماء حتى خرجت حلاوته اليه واشتد وقذف بالزبد أو لا على الخلاف (وأما) الطلاء فهو اسم للمطبوخ من ماء العنب اذا ذهب أقل من الثلثين وصار مسكراً ويدخل تحت الباذق والمنصف لان الباذق هو المطبوخ أدنى طبخة من ماء العنب والمنصـف هو المطبوخ من ماء العنب اذا ذهب نصفه وبقى النصف وقيـل الطلاء هو المثلث وهو المطبوخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وبقى معتقا وصار مسكراً (وأما) الجمهورى فهو المثلث يصب الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ قدر الذاهب وهو الثلثان ثم يطبخ أدنى طبخة ويصير مسكرا (وأما) الخليطان فهما التمر والزبيب أو البسر والرطب اذا خلطا ونبذا حتى غليا واشتدا (وأما) المزر فهو اسم لنبيذ الذرة اذا صار مسكراً (وأما) الجعة فهو اسم لنبيذ الحنطة والشعير اذا صار مسكراً (وأما) البتع فهو اسم لنبيذ العسل اذا صار مسكراً هذا بيان معانى هذه الاسماء (وأما) بيان أحكام هذه الاشربة أما الخمر فيتعلق بها أحكام (منها) انه يحرم شرب قليلها وكثيرها الا عند الضرورة لانها محرمة العين فيستوى فى الحرمة قليلها وكثيرها (والدليل) على أنها محرمة العين قوله سبحانه وتعالى رجس من عمل الشيطان وصف سبحانه وتعالى الخمر بكونها رجسا

وغير

وغير المحرم لا يوصف به فهذا يدل على كونها محرمة فى نفسها وقوله عز من قائل انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة الآية فدل على حرمة السكر فحرمت عينها والسكر منها وقال عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب الا أنه رخص شربها عند ضرورة العطش أو لاكراه قدر ماتندفع به الضرورة ولان حرمة قليلها ثبتت بالشرع المحض فاحتمل السقوط بالضرورة كحرمة الميتة ونحو ذلك وكذا لا يجوز الانتفاع بها للمداواة وغيرها لان الله تعالى لم يجعل شفاءنا فيما حرم علينا ويحرم على الرجل أن يسقى الصغير الخمر فاذا سقاه فالاثم عليه دون الصغير لان خطاب التحريم يتناوله (ومنها) انه يكفر مستحلها لان حرمتها ثبتت بدليل مقطوع به وهو نص الكتاب الكريم فكان منكر الحرمة منكراً للكتاب (ومنها) انه يحد شاربها قليلا أو كثيرا لاجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم على ذلك ولو شرب خمراً ممزوجا بالماء ان كانت الغلبة للخمر يجب الحد وان غلب الماء عليها حتى زال طعمها وريحها لا يجب لان الغلبة اذا كانت للخمر فقد بقى اسم الخمر ومعناها واذا كانت الغلبة للماء فقد زال الاسم والمعنى الا أنه يحرم شرب الماء الممزوج بالخمر لما فيه من أجزاء الخمر حقيقة وكذا يحرم شرب الخمر المطبوخ لان الطبخ لا يحل حراما ولو شربها يجب الحد لبقاء الاسم والمعنى بعد الطبخ ولو شرب دردى الخمر لا حد عليه الا اذا سكر لانه لا يسمى خمرا ومعنى الخمرية فيه ناقص لكونه مخلوطا بغيره فأشبه المنصف واذا سكر منه يجب حد السكر كما فى المنصف ويحرم شربه لما فيه من أجزاء الخمر ومن وجد منه رائحة الخمر أوقاء خمرا لا حد عليه لانه يحتمل انه شربها مكرها فلا يجب مع الاحتمال ولا حد على أهل الذمة وان سكروا من الخمر لانها حلال عندهم وعن الحسن بن زياد رحمه الله انهم يحدون اذا سكروا لان السكر حرام فى الاديان كلها (ومنها) ان حد شرب الخمر وحد السكر مقدر بثمانين جلدة فى الاحرار لاجماع الصحابة رضى الله عنهم وقياسهم على حد القذف حتى قال سيدنا على رضى الله عنه اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون وبأربعين فى العبيد لان الرق منصف للحد كحد القذف والزنا قال الله تعالى جل وعلا فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب (ومنها) انه يحرم على المسلم تمليكها وتملكها بسائر أسباب الملك من البيع والشراء وغير ذلك لان كل ذلك انتفاع بالخمر وانها محرمة الانتفاع على المسلم وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال ياأهل المدينة ان الله تبارك وتعالى قد أنزل تحريم الخمر فمن كتب هذه الآية وعنده شىء منها فلا يشربها ولا يبيعها فسكبوها فى طرق المدينة الا أنها تورث لان الملك فى الموروث ثبت شرعا من غير صنع العبد فلا يكون ذلك من باب التمليك والتملك والخمر ان لم تكن متقومة فهى مال عندنا فكانت قابلة للملك فى الجملة (ومنها) انه لا يضمن متلفها اذا كانت لمسلم لانها ليست متقومة فى حق المسلم وان كانت مالا فى حقه واتلاف مال غير متقوم لا يوجب الضمان وان كانت لذمى يضمن عندنا خلافا للشافعى رحمه الله وهى من مسائل الغصب (ومنها) أنها نجسة غليظة حتى لو أصاب ثوبا أكثر من قدر الدرهم يمنع جواز الصلاة لان الله تبارك وتعالى سماها رجسا فى كتابه الكريم بقوله رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ولو بل بها الحنطة فغسلت وجففت وطحنت فان لم يوجد منها طعم الخمر ورائحتها يحل أكله وان وجد لا يحل لان قيام الطعم والرائحة دليل بقاء أجزاء الخمر وزوالها دليل زوالها ولو سقيت بهيمة منها ثم ذبحت فان ذبحت ساعة ماسقيت به تحل من غير كراهة لانها فى أمعائها بعد فتطهر بالغسل وان مضى عليها يوم أو أكثر تحل مع الكراهة لاحتمال أنها تفرقت فى العروق والاعصاب (ومنها) اذا تخللت بنفسها يحل شرب الخل بلا خلاف لقوله عليه الصلاة والسلام نعم الادام الخل وانما يعرف التخلل بالتغير من المرارة الى الحموضة بحيث لا يبقى فيها مرارة أصلا عند أبى حنيفة رضى الله عنه حتى لو بقى فيها بعض المرارة لا يحل وعند أبى يوسف ومحمد تصير خلا بظهور قليل الحموضة فيها لان من أصل أبى حنيفة رحمه الله ان العصير من ماء العنب لا يصير خمراً الا بعد تكامل معنى الخمرية فيه فكذا الخمر لا يصير خلا الا بعد تكامل معنى الخلية فيه وعندهما يصير خمرا بظهور دليل الخمرية ويصير خلا بظهور دليل الخلية فيه هذا اذا تخللت بنفسها فاما اذا خللها

صاحبها بعلاج من خل أوملح أوغيرهما فالتخليل جائز والخل حلال عندنا وعند الشافعى لايجوز التخليل ولايحل الخل وان خللها بالنقل من موضع الى موضع فلاشك أنه يحل عندنا وللشافعى رحمه الله قولان واحتج بما روى ان بعد نزول تحريم الخمر كانت عند أبى طلحة الانصارى رحمه الله خمو رلايتام فجاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما نصنع بها يارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ارقها فقال أبو طلحة أفلا أخللها قال عليه الصلاة والسلام لا نص عليه الصلاة والسلام على النهى عن التخليل وحقيقة النهى للتحريم ولان فى الاشتغال بالتخليل احتمال الوقوع فى الفساد و يتجنس الظاهر منه ضرورة وهذا لايجوز بخلاف ما اذا تخللت بنفسها (ولنا) ما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال أيما اهاب دبغ فقد طهر كالخمر اذا تخلل فيحل لحقق عليه الصلاة والسلام التخليل وأثبت حل الخل شرعا ولان التخليل سبب لحصول الحل فيكون مباحا استدلالا بما اذا أمسكها حتى تخللت والدليل على أنه سبب لحصول الحل ان بهذا الصنع صار المائع حامضاً بحيث لايبين فى الذوق أثر المرارة فلا يخلو اما ان كان ذلك لغلبة الحموضة المرارة مع بقائها فى ذاتها واما ان كان لتغير الخمر من المرارة الى الحموضة لاسبيل الى الاول لانه لاحموضة فى الملح لتغلب المرارة وكذا بالقاء حلو قليل يصير حامضاً فى مدة قليلة لاتتخلل بنفسها عادة والقليل لايغلب الكثير فتعين ان ظهور الحموضة باجراء الله تعالى العادة على أن مجاوزة الخل يغيرها من المرارة الى الحموضة فى مثل هذا الزمان فثبت ان التخليل سبب لحصول الحل فيكون مباحا لانه حينئذ يكون اكتساب مال متقوم عندنا وعنده يكون اكتساب المال وكل ذلك مشروع (وأما) الحديث فقد روى أن أباطلحة رحمه الله لما قال أفلا أخللها قال عليه الصلاة والسلام نعم فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج على أنه يحمل على النهى عن التخليل لمعنى فى غيره وهو دفع عادة العامة لان القوم كانوا حديثى العهد بتحريم الخمر فكانت بيوتهم لاتخلو عن خمر وفى البيت غلمان وجوارى وصبيان وكانوا ألفوا شرب الخمر وصار عادة لهم وطبيعة والنزوع عن العادة أمر صعب فقيم البيت ان كان ينزجر عن ذلك ديانة فقل ما يسلم الاتباع عنها لو أمر بالتخليل اذلا يتخلل من ساعتها بل بعد وقت معتبر فيؤدى الى فساد العامة وهذا لايجوز وقد انعدم ذلك المعنى فى زماننا ليقرر التحريم و يألف الطبع تحريمها حملناه على هذا دفعاً للتناقض عن الدليل و به تبين ان ليس فيما قلناه احتمال الوقوع فى الفساد وقوله تنجيس الظاهر من غير ضرورة نعم لكن لحاجة وانه لجائز كدبغ جلد الميتة والله سبحانه وتعالى أعلم ثم لافرق فى ظاهر الرواية بين ما اذا ألقى فيها شيئا قليلا من الملح أوالسمك أوالخل أو كثيراً حتى تحل فى الحالين جميعا وروى عن أبى يوسف أنه ان كان الخل كثيرا لايحل (وجه) رواية أبى يوسف رحمه الله ان الملقى من الخل اذا كان قليلا فهذا تخليل لظهور الحموضة فيها بطريق التغيير فاما اذا كان كثيرا فهذا ليس بتخليل بل هو تغليب لغلبة الحموضة المرارة فصار كما لو ألقى فيها كثيرا من الحلاوات حتى صار حلوا أنه لايحل بل يتنجس الكل فكذا هذا (وجه) ظاهر الرواية ان كل ذلك تخليل أما اذا كان قليلا فظاهر وكذلك اذا كان كثيرا لما ذكرنا ان ظهور الحموضة عند القاء الملح والسمك لا يكون بطريق التغليب لانعدام الحموضة فيهما فتعين أن يكون بطريق التغيير وفى الكثير يكون أسرع والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) السكر والفضيخ ونقيع الزبيب فيحرم شرب قليلها وكثيرها لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال الخمر من هاتين الشجرتين وأشار عليه الصلاة والسلام الى النخلة والكرمة والتى ههنا هو المستحق لاسم الخمر فكان حراما وسئل عبد الله بن مسعود رضى الله عنه عن التداوى بالسكر فقال ان الله تبارك وتعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال السكر هى الخمر ليس لها كنية وروى أنه لما سئل عن نقيع الزبيب قال الخمر أحييتها أشار الى علة الحرمة وهى ان ايقاع الزبيب فى الماء احياء للخمر لان الزبيب اذا نقع فى الماء يعود عنباً فكان نقيعه كعصير العنب ولان هذا لايتخذ الا للسكر فيحرم شرب قليلها وكثيرها فان قيل اليس أن الله تبارك وتعالى قال ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا وهذا خرج مخرج تذكير النعمة والتنبيه على

شكرها

شكرها فيدل على حلها فالجواب قيل ان الآية منسوخة بآية تحريم الخمر فلا يصح الاحتجاج بها والثاني ان لم تكن منسوخة فيحتمل ان ذلك خرج مخرج التعيير اي انكم تجعلون ما أعطاكم الله تعالى من ثمرات النخيل والاعناب التي هي حلال بعضها حراما وهو الشراب والبعض حلالا وهو الدبس والزبيب والخل ونحو ذلك نظيره قوله تعالى قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا وعلى هذا كانت الآية حجة عليكم لان التعيير على الحرام لا على الحلال ولا يكفر مستحلها ولكن يضلل لان حرمتها دون حرمة الخمر لثبوتها بدليل غير مقطوع به من أخبار الآحاد وآثار الصحابة رضي الله عنهم على ما ذكرنا ولا يحد بشرب القليل منها لان الحد انما يجب بشرب القليل من الخمر ولم يوجد بالسكر لان حرمة السكر من كل شراب كحرمة الخمر لثبوتها بدليل مقطوع به وهو نص الكتاب العزيز قال الله تعالى جل شأنه في الآية الكريمة انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون وهذه المعاني تحصل بالسكر من كل شراب فكانت حرمة السكر من كل شراب ثابتة بنص الكتاب العزيز كحرمة الخمر ولهذا جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الحرمتين في قوله عليه الصلاة والسلام حرمت عليكم الخمر لعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب ومعلوم أنه عليه الصلاة والسلام ما أراد به أصل الحرمة لان ذلك لا يقف على السكر في كل شراب دل ان المراد منه الحرمة الكاملة التي لا شبهة فيها كحرمة الخمر وكذا جمع سيدنا علي رضي الله عنه بينهما في الحد فقال فيما أسكر من النبيذ ثمانون وفي الخمر قليلها وكثيرها ثمانون ويجوز بيعها عند أبي حنيفة مع الكراهة وعند أبي يوسف ومحمد لا يجوز أصلا (وجه) قولهما ان محل البيع هو المال وانه اسم لما يباح الانتفاع به حقيقة وشرعا ولم يوجد فلا يكون مالا فلا يجوز بيعها كبيع الخمر (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه ان البيع مبادلة شيء مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه قال الله تبارك وتعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين وقد وجد ههنا لان الاشربة مرغوب فيها والمال اسم لشيء مرغوب فيه الا ان الخمر مع كونها مرغوبا فيها لا يجوز بيعها بالنص الذي روينا والنص ورد باسم الخمر فيقتصر على مورد النص وعلى هذا الخلاف اذا أتلفها انسان يضمن عنده وعندهما لا يضمن (ومنها) حكم نجاستها فقد روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه انها لو أصابت الثوب أكثر من قدر الدرهم تمنع جواز الصلاة لانه يحرم شرب قليلها وكثيرها كالخمر فكانت نجاستها غليظة كنجاسة الخمر وروي انها لا تمنع أصلا لان نجاسة الخمر انما ثبتت بالشرع بقوله عز شأنه رجس من عمل الشيطان فيختص باسم الخمر وعن أبي يوسف رحمه الله انه اعتبر فيها الكثير الفاحش كما في النجاسة الحقيقية لانها وان كانت محرمة الانتفاع لكن حرمتها دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يحد بشرب القليل منها فاوجب ذلك خفة في نجاستها هذا الذي ذكرنا حكم الني من عصير العنب ونبيذ التمر ونقيع الزبيب (وأما) حكم المطبوخ منها اما عصير العنب اذا طبخ أدنى طبخة وهو الباذق أو ذهب نصفه وبقي النصف وهو المنصف فيحرم شرب قليله وكثيره عند عامة العلماء رضي الله عنهم وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله الاول أنه مباح وهو قول حماد بن أبي سليمان ويصح قول العامة لانه اذا ذهب أقل من الثلثين بالطبخ فالحرام فيه باق وهو ما زاد على الثلث والدليل على ان الزائد على الثلث حرام ما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه كتب الى عمار بن ياسر رضي الله عنه اني أتيت بشراب من الشام طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه يبقى حلاله ويذهب حرامه وريح جنونه فمر من قبلك فليتوسعوا من أشربتهم نص على ان الزائد على الثلث حرام وأشار الى أنه ما لم يذهب ثلثاه فالقوة المسكرة فيه قائمة وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضي الله عنهم ولم ينقل عنهم خلافه فكان اجماعا منهم ولا يحد شاربه ما لم يسكر واذا اسكر حد ولا يكفر مستحله لما مر ويجوز بيعه عند أبي حنيفة وان كان لا يحل شربه وعندهما لا يحل شربه ولا يجوز بيعه على ما ذكرنا هذا اذا طبخ عصير العنب فأما اذا طبخ العنب كما هو فقد حكى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما ان حكمه حكم العصير لا يحل حتى يذهب ثلثاه

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما ان حكمه حكم الزبيب حتى لو طبخ أدنى طبخة يحل بمنزلة الزبيب (وأما) المطبوخ من نبيذ التمر ونقيع الزبيب أدنى طبخة والمنصف منهما فيحل شربه ولا يحرم الا السكر منه وهو طاهر يجوز بيعه ويضمن متلفه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وعن محمد رحمه الله روايتان في رواية لا يحل شربه لكن لا يجب الحد الا بالسكر وفي رواية قال لا أحرمه ولكن لا أشرب منه والحجج تذكر في المثلث فأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يحتاجان الى الفرق بين المطبوخ أدنى طبخة والمنصف من عصير العنب (ووجه) الفرق لهما أن طبخ العصير على هذا الحد وهو أن يذهب أقل من ثلثيه لا أثر له في العصر لان بعد الطبخ بقيت فيه قوة الاسكار بنفسه ألا ترى أنه لو ترك يغلي ويشتد من غير أن يخلط بغيره كما كان قبل الطبخ لم يعمل فيه هذا النوع من الطبخ فبقي على حاله بخلاف نبيذ التمر ونقيع الزبيب لانه ليس فيه قوة الاسكار بنفسه ألا ترى أنه لو ترك على حاله ولا يخلط به الماء لم يحتمل الغليان أصلا كعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه والماء يغلي ويسكر اذا خلط فيه الماء واذا لم يكن مسكرا بنفسه بل بغيره جاز أن يتغير حاله بالطبخ بخلاف العصير على ما ذكرنا والى هذا أشار سيدنا عمر رضي الله عنه فيما روينا عنه من قوله يذهب حرامه وريح جنونه يعني اذا كان يغلي بنفسه من غير صب الماء عليه فقد بقي سلطانه واذا صار بحيث لا يغلي بنفسه بأن طبخ حتى ذهب ثلثاه فقد ذهب سلطانه والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا نقع الزبيب المدقوق في الماء ثم طبخ نقيعه أدنى طبخة فأما اذا نقع الزبيب كما هو وصفي ماؤه ثم طبخ أدنى طبخة فقد روى محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله أنه لا يحل حتى يذهب بالطبخ ثلثاه ويبقى ثلثه ووجهه ما ذكرنا أن انقاع الزبيب احياء للعنب فلا يحل به عصيره الا بما يحل به عصير العنب وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر في ذلك أدنى طبخة لانه زبيب انتفخ بالماء فلا يتغير حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المثلث فنقول لا خلاف في أنه ما دام حلوا لا يسكر يحل شربه (وأما) المعتق المسكر فيحل شربه للتداوي واستمراء الطعام والتقوي على الطاعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وروى محمد رحمه الله أنه لا يحل وهو قول الشافعي رحمه الله وأجمعوا على أنه لا يحل شربه للهو والطرب كذا روى أبو يوسف رحمه الله في الامالي وقال لو أراد أن يشرب المسكر فقليله وكثيره حرام وقعوده لذلك والمشي اليه حرام (وجه) قول محمد والشافعي رحمهما الله ما روى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما أسكر كثيره فقليله حرام وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال كل مسكر من عصير العنب انما سمي خمرا لكونه مخامرا للعقل ومعنى المخامرة يوجد في سائر الاشربة المسكرة وأبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما احتجا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وآثار الصحابة الكرام رضي الله عنهم (أما) الحديث فما ذكره الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار عن عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام أتي بنبيذ فشمه فقطب وجهه لشدته ثم دعا بماء فصبه عليه وشرب منه (وأما) الآثار فمنها ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه كان يشرب النبيذ الشديد ويقول انا لننحر الجزور وأن العنق منها لآل عمر ولا يقطعه الا النبيذ الشديد (ومنها) ما روينا عنه أنه كتب الى عمار بن ياسر رضي الله عنهما أني أتيت بشراب من الشام طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه يبقى حلاله ويذهب حرامه وريح جنونه فمر من قبلك فليتوسعوا من أشربتهم نص على الحل ونبه على المعنى وهو زوال الشدة المسكرة بقوله ويذهب ريح جنونه وندب الى الشرب بقوله فليتوسعوا من أشربتهم (ومنها) ما روى عن سيدنا علي رضي الله تعالى عنه أنه أضاف قوما فسقاهم فسكر بعضهم فحده فقال الرجل تسقيني ثم تحدني فقال سيدنا علي رضي الله عنه انما أحدك للسكر وروى هذا المذهب عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما أنه قال حين سئل عن النبيذ اشرب الواحد والاثنين والثلاثة فاذا خفت السكر فدع واذا ثبت الاحلال من هؤلاء الكبار من الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم فالقول بالتحريم يرجع الى تفسيقهم وأنه بدعة ولهذا عد أبو حنيفة رضي الله عنه احلال المثلث من شرائط مذهب السنة والجماعة فقال في

بيانها

بيانها أن يفضل الشيخين ويحب الختنين وأن يرى المسح على الخفين وأن لا يحرم نبيذ الخمر لما أن في القول بتحريمه تفسيق كبار الصحابة رضي الله تعالى عنهم والكف عن تفسيقهم والامساك عن الطعن فيهم من شرائط السنة والجماعة (وأما) ماورد من الاخبار ففيها طعن ثم بها تأويل ثم قول بموجبها (أما) الطعن فان يحيى بن معين رحمه الله قد ردها وقال لا تصح عن النبي عليه الصلاة والسلام وهو من نقلة الاحاديث فطعنه يوجب جرحا في الحديثين (وأما) التأويل فهو أنها محمولة على الشرب للتلهي توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض (وأما) القول بالموجب فهو أن المسكر عندنا حرام وهو القدح الاخير لان المسكر ما يحصل به الاسكار وأنه يحصل بالقدح الاخير وهو حرام قليله وكثيره وهذا قول بموجب الاحاديث ان ثبتت بحمد الله تعالى (وأما) قولهم ان هذه الاشربة خمر لوجود معنى الخمر فيها وهو صفة مخامرة العقل قلنا اسم الخمر للنيء من ماء العنب اذا صار مسكراً حقيقة ولسائر الاشربة مجاز لان معنى الاسكار والمخامرة فيه كامل وفي غيره من الاشربة ناقص فكان حقيقة له مجازاً لغيره وهذا لانه لو كان حقيقة لغيره لكان الامر لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون اسما مشتركا واما أن يكون اسما عاما لا سبيل الى الاول لان شرط الاشتراك اختلاف المعنى فالاسم المشترك ما يقع على مسميات مختلفة الحدود والحقائق كاسم العين ونحوها وههنا ما اختلف ولا سبيل الى الثاني لان من شرط العموم أن تكون أفراد العموم متساوية في قبول المعنى الذي وضع له اللفظ لا متفاوتة ولم يوجد التساوي ههنا واذا لم يكن بطريق الحقيقة تعين أنه بطريق المجاز فلا يتناولها مطلق اسم الخمر والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الجمهوري فحكمه حكم المثلث لانه مثلث يرق بصب الماء عليه ثم يطبخ أدنى طبخة لئلا يفسد (وأما) الخليطان فحكمهما عند الاجتماع ما هو حكمهما عند الانفراد من النيء عنهما والمطبوخ وقد ذكرناه وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن شرب التمر والزبيب جميعاً والزهو والرطب جميعاً وهو محمول على النيء والسكر منه والله عز وجل أعلم وروي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن نبيذ البسر والتمر والزبيب جميعاً ولو طبخ أحدهما ثم صب قدح من النيء فيه أفسده سواء كان من جنسه أو خلاف جنسه لانه اجتمع الحلال والحرام فيغلب الحرام الحلال ولو خلط العصير بالماء فان ترك حتى اشتد لا شك أنه لا يحل وان طبخ حتى ذهب ثلثاه ففيه نظر ان كان الماء هو الذي يذهب أولا بالطبخ يطبخ حتى يذهب قدر الماء ثم يطبخ العصير حتى يذهب ثلثاه فيحل وان كان الماء والعصير يذهبان معاً بالطبخ حتى يذهب ثلثا الجملة فلا يحل والله عز وجل أعلم (وأما) المزر والجعة والبتع وما يتخذ من السكر والتين ونحو ذلك فيحل شربه عند أبي حنيفة رضي الله عنه قليلا كان أو كثيراً مطبوخاً كان أو نيأ ولا يحد شاربه وان سكر وروي عن محمد رحمه الله أنه حرام بناء على أصله وهو أن ما أسكر كثيره فقليله حرام كالمثلث وقال أبو يوسف رحمه الله ما كان من هذه الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فاني أكرهه وكذا روي عن محمد ثم رجع أبو يوسف عن ذلك الى قول أبي حنيفة رضي الله عنه (وجه) قول أبي يوسف الاول ان بقاءه وعدم فساده بعد هذه المدة دليل شدته وشدته دليل حرمته (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان الحرمة متعلقة بالخمرية لا تثبت الا بشدة والشدة لا توجد في هذه الاشربة فلا تثبت الحرمة والدليل على انعدام الخمرية أيضاً ما روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال الخمر من هاتين الشجرتين ذكر عليه الصلاة والسلام الخمر بلام الجنس فاقتضى اقتصار الخمرية على ما يتخذ من الشجرتين وانما لا يجب الحد وان سكر منه لانه سكر حصل بتناول شئ مباح وأنه لا يوجب الحد كالسكر الحاصل من تناول البنج والخبز في بعض البلاد بخلاف ما اذا سكر بشرب المثلث أنه يجب الحد لان السكر هناك حصل بتناول المحظور وهو القدح الاخير (وأما) ظروف الاشربة المحرمة فيباح الشرب منها اذا غسلت الا الخزف الجديد الذي يتشرب فيها على الاختلاف الذي عرف في كتاب الصلاة والاصل فيه قول النبي عليه الصلاة والسلام اني كنت نهيتكم عن الشرب في الدباء والحنتم والمزفت الا فاشربوا في كل ظرف فان الظروف لا تحل شيأ ولا تحرمه (وأما) بيان حد السكر الذي يتعلق به وجوب الحد فقد اختلف في حده قال

أبو حنيفة رضي الله عنه السكران الذي يحد هو الذي لا يعقل قليلا ولا كثيراً ولا يعقل الارض من السماء والرجل من المرأة وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله السكران هو الذي يغلب على كلامه الهذيان وروى عن أبي يوسف أنه يمتحن بقل يا أيها الكافرون فيستقرأ فان لم يقدر على قراءتها فهو سكران لما روي أن رجلا صنع طعاماً فدعى سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا عليا وسيدنا سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنهم فأكلوا وسقاهم خمراً وكان قبل تحريم الخمر فحضرتهم صلاة المغرب فأمهم واحد منهم فقرأ قل يا أيها الكافرون على طرح لا أعبد ما تعبدون فنزل قوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون وهذا الامتحان غير سديد لان من السكارى من لم يتعلم هذه السورة من القرآن أصلا ومن تعلم فقد يتعذر عليه قراءتها في حالة الصحو خصوصا من لا اعتناء له بأمر القرآن فكيف في حالة السكر وقال الشافعي رحمه الله اذا شرب حتى ظهر أثره في مشيه وأطرافه وحركاته فهو سكران وهذا أيضاً غير سديد لان هذا أمر لا ثبات له لانه يختلف باختلاف أحوال الناس منهم من يظهر ذلك منه بأدنى شيء ومنهم من لا يظهر فيه وان بلغ به السكر غايته (وجه) قولهما شهادة العرف والعادة فان السكران في متعارف الناس اسم لمن هذى واليه أشار سيدنا علي رضي الله عنه بقوله اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترى ثمانون وأبو حنيفة عليه الرحمة يسلم ذلك في الجملة فيقول أصل السكر يعرف بذلك لكنه اعتبر في باب الحدود ما هو الغاية في الباب احتيالا للدرء المأمور به بقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم ولا يعرف بلوغ السكر غايته الا بما ذكر والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب الاستحسان ﴾

وقد يسمى كتاب الحظر والاباحة وقد يسمى كتاب الكراهة والكلام في هذا الكتاب في الاصل في موضعين في بيان معنى اسم الكتاب وفي بيان أنواع المحظورات والمباحات المجموعة فيه (أما) الاول فالاستحسان يذكر ويراد به كون الشيء على صفة الحسن ويذكر ويراد به فعل المستحسن وهو رؤية الشيء حسنا يقال استحسنت كذا أي رأيته حسنا فاحتمل تخصيص هذا الكتاب بالتسمية بالاستحسان لاختصاص عامة ما أورد فيه من الاحكام بحسن ليس في غيرها ولكونها على وجه يستحسنها العقل والشرع (وأما) التسمية بالحظر والاباحة فتسمية طابقت معناها ووافقت مقتضاها لاختصاصه ببيان جملة من المحظورات والمباحات وكذا التسمية بالكراهة لان الغالب فيه بيان المحرمات وكل محرم مكروه في الشرع لان الكراهة ضد المحبة والرضا قال الله تبارك وتعالى وعسى أن تكرهوا شيأ وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيأ وهو شر لكم والشرع لا يحب الحرام ولا يرضى به الا أن ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به من نص الكتاب العزيز أو غير ذلك فعادة محمد أنه يسميه حراما على الاطلاق وما ثبتت حرمته بدليل غير مقطوع به من أخبار الآحاد وأقاويل الصحابة الكرام رضي الله عنهم وغير ذلك يسميه مكروها وربما يجمع بينهما فيقول حرام مكروه اشعارا منه ان حرمته ثبتت بدليل ظاهر لا بدليل قاطع (وأما) بيان أنواع المحرمات والمحللات المجموعة فيه فنقول وبالله تعالى التوفيق المحرمات المجموعة في هذا الكتاب في الاصل نوعان نوع ثبتت حرمته في حق الرجال والنساء جميعا ونوع ثبتت حرمته في حق الرجال دون النساء (أما) الذي ثبتت حرمته في حق الرجال والنساء جميعا فبعضها مذكور في مواضعه في الكتب فلا نعيده ونذكر ما لا ذكر له في الكتب ونبدأ بما بدأ به محمد رحمه الله الكتاب وهو حرمة النظر والمس والكلام فيها في ثلاث مواضع أحدها في بيان ما يحل من ذلك ويحرم للرجل من المرأة والمرأة من الرجل والثاني في بيان ما يحل ويحرم للرجل من الرجل والثالث في بيان ما يحل ويحرم للمرأة من المرأة (أما) الاول فلا يمكن الوصول الى معرفته الا بعد معرفة أنواع النساء فنقول وبالله تعالى التوفيق النساء في هذا الباب سبعة أنواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم

وهوالرحم المحرم للنكاح كالام والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات الرحم بلامحرم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن أصلا ولا محرم وهن الاجنبيات الحرائر ونوع منهن ذوات الرحم بلامحرم وهو الرحم الذى لا يحرم النكاح كبنت العم والعمة والخال والخالة (أما) النوع الاول وهو المنكوحات فيحل للزوج النظر الى زوجته ومسها من رأسها الى قدمها لانه يحل له وطؤها لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أوماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين وانه فوق النظر والمس فكان احلالا لهما من طريق الاولى الا أنه لا يحل له وطؤها فى حالة الحيض لقوله تبارك وتعالى ويسئلونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فصارت حالة الحيض مخصوصة عن عموم النص الذى تلونا وهل يحل الاستمتاع بها فيما دون الفرج اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهما لا يحل الاستمتاع بما فوق الازار وقال محمد رحمه الله يجتنب شعار الدم وله ماسوى ذلك واختلف المشايخ فى تفسير قولهما بما فوق الازار قال بعضهم المراد منه مافوق السرة فيحل الاستمتاع بما فوق سرتها ولا يباح بما تحتها الى الركبة وقال بعضهم المراد منه مع الازار فيحل الاستمتاع بما تحت سرتها سوى الفرج لكن مع المئزر لا مكشوفا ويمكن العمل بعموم قولهما بما فوق الازار لانه يتناول مافوق السرة وماتحتها سوى الفرج مع المئزر اذ كل ذلك فوق الازار فيكون عملا بعموم اللفظ والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول محمد ظاهر قوله تبارك وتعالى ويسئلونك عن المحيض قل هو أذى جعل الحيض أذى فتختص الحرمة بموضع الاذى وقد روى أن سيدتنا عائشة رضى الله عنها سئلت عما يحل للرجل من امرأته الحائض فقالت يتقى شعار الدم وله ماسوى ذلك (ووجه) قولهما ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لنا ماتحت السرة وله مافوقها وروى ان أزواج النبى عليه الصلاة والسلام كن اذا حضن أمرهن أن يتزرن ثم يضاجعهن ولان الاستمتاع بها بما يقرب من الفرج سبب الوقوع فى الحرام قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه وفى رواية من رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه والمستمتع بالفخذ يحوم حول الحمى ويرتع حوله فيوشك أن يقع فيه دل ان الاستمتاع به سبب الوقوع فى الحرام وسبب الحرام حرام أصله الخلوة بالاجنبية (وأما) الآية الكريمة فحجة عليه لان ماحول الفرج لا يخلو عن الاذى عادة فكان الاستمتاع به استعمال الاذى وقول سيدتنا عائشة رضى الله عنها له ماسوى ذلك أى مع الازار فحمل على هذا توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وكذلك المرأة يحل لها النظر الى زوجها واللمس من فرقه الى قدمه لانه حل لها ماهو أكثر من ذلك وهو التمكين من الوطء فهذا أولى ويحل النظر الى عين فرج المرأة المنكوحة لأن الاستمتاع به حلال فالنظر اليه أولى الا أن الادب غض البصر عنه من الجانبين لماروى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وما نظرت الى مامنه ولا نظر الى مامنى ولا يحل اتيان الزوجة فى دبرها لان الله تعالى عز شأنه نهى عن قربان الحائض ونبه على المعنى وهو كون المحيض أذى والاذى فى ذلك المحل أفحش وأذم فكان أولى بالتحريم وروى عن سيدنا على رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أتى حائضا أو امرأة فى دبرها أو أتى كاهنا فصدقه فيما يقول فهو كافر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وسلم نهى عن اتيان النساء فى محاشهن أى أدبارهن وعلى ذلك جاءت الآثار من الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم انها سميت اللوطية الصغرى ولان حل الاستمتاع فى الدنيا لا يثبت لحق قضاء الشهوات خاصة لان لقضاء الشهوات خاصة دارا أخرى وانما يثبت لحق قضاء الحاجات وهى حاجة بقاء النسل الى انقضاء الدنيا الا أنه ركبت الشهوات فى البشر للبعث على قضاء الحاجات وحاجة النسل لا تحتمل الوقوع فى الادبار فلو ثبت الحل لثبت لحق قضاء الشهوة خاصة والدنيا لم تخلق له (وأما) النوع الثانى وهن المملوكات فحكمهن حكم المنكوحات فيحل للمولى النظر الى سائر بدن جاريته ومسها من رأسها الى قدمها لانه حل له ماهو أكثر منه لقوله عز وجل أوماملكت أيمانكم الآية الا أن حالة الحيض صارت

مخصوصة فلا يقربها فى حالة الحيض ولا يأتى فى دبرها لما ذكرنا من الدلائل وفى الاستمتاع بها فيما دون الفرج على الاختلاف وكذا اذا ملكها بسائر أسباب الملك لا يحل له أن يقربها قبل أن يستبرئها والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال فى سبايا أوطاس الالا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة ولان فيه خوف اختلاط المياه وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره وكذا فيه وهم ظهور الحبل بها فيدعيه ويستحقها فيتبين انه يستمتع بملك الغير (وأما) الدواعى من القبلة والمعانقة والنظر الى الفرج عن شهوة فلا يحل عند عامة العلماء الا فى المسبية وقال مكحول رحمه الله يحل (وجه) قوله أن الملك فى الاصل مطلق التصرف ولهذا لم تحرم الدواعى فى المسبية ولا على الصائم فكان ينبغى أن لا يحرم القربان أيضا الا أن الحرمة عرفناها بالنص فتقتصر الحرمة على مورد النص على أن النص ان كان معلولا بخوف اختلاط المياه فهذا معنى لا يحتمل التعدية الى الدواعى فلا يتعدى اليها (وجه) قول العامة ان حرمة القربان انما ثبت خوفا عن توهم العلوق وظهور الحبل وعند الدعوة والاستحقاق يظهر ان الاستمتاع صادف ملك الغير وهذا المعنى موجود فى الدواعى من المستبرأة ونحوها فيتعدى اليها ولا يتعدى فى المسبية فيقتصر الحكم فيها على مورد النص ولان الاستمتاع بالدواعى وسيلة الى القربان والوسيلة الى الحرام حرام أصله الخلوة وهذا أولى لان الخلوة فى التوسل الى الحرام دون المس فكان تحريمها تحريما للمس بطريق الاولى كما فى تحريم التأفيف من الضرب والشتم ومن اعتمد على هذه النكتة منع فضل المسبية وزعم أن لا نص فيها عن أصحابنا وهو غير سديد فان حل الدواعى من المسبية منصوص عليه من محمد رحمه الله فلا يستقيم المنع فكان الصحيح هو العلة الاولى وحرمة الدواعى فى باب الظهار والاحرام ثبت لمعنى آخر ذكرناه فى كتاب الحج والظهار (وأما) النوع الثالث وهو ذات الرحم المحرم فيحل للرجل النظر من ذوات محارمه الى رأسها وشعرها وأذنيها وصدرها وعضدها وثديها وساقها وقدمها لقوله تبارك وتعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن الآية نهاهن سبحانه وتعالى عن ابداء الزينة مطلقا واستثنى سبحانه ابداءها للمذكورين فى الآية الكريمة منهم ذو الرحم المحرم والاستثناء من الحظر اباحة فى الظاهر والزينة نوعان ظاهرة وهو الكحل فى العين والخاتم فى الاصبع والفتخة للرجل وباطنة وهو العصابة للرأس والعقاص للشعر والقرط للاذن والحمائل للصدر والدملوج للعضد والخلخال للساق والمراد من الزينة مواضعها لا نفسها لان ابداء نفس الزينة ليس بمنهى وقد ذكر سبحانه وتعالى الزينة مطلقة فيتناول النوعين جميعا فيحل النظر اليها بظاهر النص ولان المخالطة بين المحارم للزيارة وغيرها ثابتة عادة فلا يمكن صيانة مواضع الزينة عن الكشف الا بحرج وانه مدفوع شرعا وكل ماجاز النظر اليه منهن من غير حائل جاز مسه لان المحرم يحتاج الى اركابها وانزالها فى المسافرة معها وتتعذر صيانة هذه المواضع عن الانكشاف فيتعذر على المحرم الصيانة عن مس المكشوف ولان حرمة النظر الى هذه المواضع ومسها من الاجنبيات انما ثبت خوفا عن حصول الشهوة الداعية الى الجماع والنظر الى هذه الاعضاء ومسها فى ذوات المحارم لا يورث الشهوة لانهما لا يكونان للشهوة عادة بل للشفقة ولهذا جرت العادة فيما بين الناس بتقبيل أمهاتهم وبناتهم وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا قدم من الغزو قبل رأس السيدة فاطمة رضى الله عنها وهذا اذا لم يكن النظر والمس عن شهوة ولا غلب على ظنه انه لا يشتهى فاما اذا كان يشتهى أو كان غالب ظنه وأكبر رأيه انه لو نظر أو مس اشتهى لم يجز له النظر والمس لانه يكون سببا للوقوع فى الحرام فيكون حراما ولا بأس أن يسافر بها اذا أمن الشهوة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر ثلاثا فوقها الا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها ولان الذى يحتاج المحرم اليه فى السفر مسها فى الحمل والانزال ويحل له مسها فتحل المسافرة معها وكذا لا بأس أن يخلو بها اذا أمن على نفسه لانه لما حل المس فالخلوة أولى فان خاف على نفسه لم يفعل لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

انه قال لايخلون الرجل بمغيبة وان قبل حموها الاحموها الموت وهو محمول على حالة الخوف أو يكون نهي ندب وتنزيه والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها لعموم قوله تبارك وتعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الآية الا انه سبحانه وتعالى رخص النظر للمحارم الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله عز شأنه ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن الآية فبقى غض البصر عما وراءها مأمورا به واذا لم يحل النظر فالمس أولى لانه أقوى ولان رخصة النظر الى مواضع الزينة للحاجة التي ذكرناها ولا حاجة الى النظر الى ما وراءها فكان النظر اليها يحقق الشهوة وانه حرام ولان الله تبارك وتعالى جعل الظهار منكرا من القول وزورا والظهار ليس الا تشبيه المنكوحة بظهر الام في حق الحرمة ولو لم يكن ظهر الام حرام النظر والمس لم يكن الظهار منكرا من القول وزورا فيؤدى الى الخلف في خبر من يستحيل عليه الخلف هذا اذا كانت هذه الاعضاء مكشوفة فاما اذا كانت مستورة بالثياب واحتاج ذو الرحم المحرم الى اركابها وانزالها فلا بأس بان يأخذ بطنها أو ظهرها أو فخذها من وراء الثوب اذا كان يأمن على نفسه لما ذكرنا ان مس ذوات الرحم المحرم لا يورث الشهوة عادة خصوصا من وراء الثوب حتى لو خاف الشهوة في المس لا يمسه وليجتنب ما استطاع وكل ما يحل للرجل من ذوات الرحم المحرم منه من النظر والمس يحل للمرأة ذلك من ذى رحم محرم منها وكل ما يحرم عليه يحرم عليها والله عز وجل أعلم (وأما) النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم وقد ذكرناه والاصل فيه قول النبي عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى ان أفلح بن أبي القعيس رحمه الله استأذن أن يدخل على سيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنها فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام ليلج عليك فانه عمك أرضعتك امرأة أخيه (وأما) النوع الخامس وهو مملوكات الاغيار فحكمهن أيضا في حل النظر والمس وحرمتهما حكم ذوات الرحم المحرم فيحل النظر الى مواضع الزينة منهن ومسها ولا يحل ما سوى ذلك والاصل فيه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مس ناصية أمة ودعا لها بالبركة وروى ان سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه رأى أمة متقنعة فعلاها بالدرة وقال ألقي عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر فدل على حل النظر الى رأسها وشعرها وأذنها وروى عن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه انه مر بجارية تعرض على البيع فضرب بيده على صدرها وقال اشتروا ولو كان حراما لم يتوهم منه رضى الله عنه أن يمسها ولان بالناس حاجة الى النظر الى هذه المواضع ومسها عند البيع والشراء لمعرفة بشرتها من اللين والخشونة ونحو ذلك لاختلاف قيمتها باختلاف أطرافها فألحقت بذوات الرحم المحرم دفعا للحرج عن الناس ولهذا يحل بهن المسافرة بلا محرم ولا حاجة الى المس والنظر الى غيرها الا انها تصير معلومة بالنظر الى الاطراف ومسها وهذا اذا أمن على نفسه الشهوة فان لم يأمن وخاف على نفسه أن يشتهى لو نظر أو مس فلا بأس أن ينظر اليها وان اشتهى اذا أراد أن يشتريها فلا بد له من النظر لما قلنا فيحتاج الى النظر فصار النظر من المشترى بمنزلة النظر من الحاكم والشاهد والمتزوج فلا بأس بذلك وان كان عن شهوة فكذا هذا وكذا لا بأس له أن يمس وان اشتهى اذا أراد أن يشتريها عند أبي حنيفة رضى الله عنه وروى عن محمد رحمه الله انه يكره للشاب مس شئ من الامة والصحيح قول أبي حنيفة رضى الله عنه لان المشترى يحتاج الى العلم ببشرتها ولا يحصل ذلك الا باللمس فرخص للضرورة وكذا يحل للامة النظر والمس من الرجل الاجنبي ما فوق السرة ودون الركبة الا ان تخاف الشهوة فتجتنب كالرجل وكل جواب عرفته في القنة فهو الجواب في المدبرة وأم الولد لقيام الرق فيهما (وأما) النوع السادس وهو الاجنبيات الحرائر فلا يحل النظر للاجنبي من الاجنبية الحرة الى سائر بدنها الا الوجه والكفين لقوله تبارك وتعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الا ان النظر الى مواضع الزينة الظاهرة وهي الوجه والكفان رخص بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها والمراد من الزينة مواضعها ومواضع الزينة الظاهرة الوجه والكفان فالكحل زينة الوجه والخاتم زينة الكف ولانها تحتاج الى البيع والشراء والاخذ والعطاء ولا يمكنها

ذلك عادة الا بكشف الوجه والكفين فيحل لها الكشف وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله انه يحل النظر الى القدمين أيضاً (وجه) هذه الرواية ماروى عن سيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنها في قوله تبارك وتعالى الا ماظهر منها القلب والفتخة وهي خاتم أصبع الرجل فدل على جواز النظر الى القدمين ولان الله تعالى نهى عن ابداء الزينة واستثنى ماظهر منها والقدمان ظاهرتان ألا ترى انهما يظهران عند المشي فكانا من جملة المستثنى من الحظر فيباح ابداؤهما (وجه) ظاهر الرواية ماروى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه قال في قوله جل شأنه الا ماظهر منها انه الكحل والخاتم وروى عنه في رواية أخرى انه قال الكف والوجه فيبقى ماوراء المستثنى على ظاهر النهي ولان اباحة النظر الى وجه الاجنبية وكفيها للحاجة الى كشفها في الاخذ والعطاء ولا حاجة الى كشف القدمين فلا يباح النظر اليهما ثم انما يحل النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها من غير شهوة فاما عن شهوة فلا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان وليس زنا العينين الا النظر عن شهوة ولان النظر عن شهوة سبب الوقوع في الحرام فيكون حراما الا في حالة الضرورة بان دعى الى شهادة أو كان حاكما فأراد أن ينظر اليها ليجيز اقرارها عليها فلا بأس أن ينظر الى وجهها وان كان لو نظر اليها لاشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لان الحرمات قد يسقط اعتبارها لمكان الضرورة ألا ترى انه خص النظر الى عين الفرج لمن قصد اقامة حسبة الشهادة على الزنا ومعلوم ان النظر الى الفرج في الحرمة فوق النظر الى الوجه ومع ذلك سقطت حرمته لمكان الضرورة فهذا أولى وكذا اذا أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس أن ينظر الى وجهها وان كان عن شهوة لان النكاح بعد تقديم النظر أدل على الالفة والموافقة الداعية الى تحصيل المقاصد على ماقال النبي عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه حين أراد أن يتزوج امرأة اذهب فانظر اليها فانه أحرى أن يدوم بينكما دعاه عليه الصلاة والسلام الى النظر مطلقا وعلل عليه الصلاة والسلام بكونه وسيلة الى الالفة والموافقة (وأما) المرأة فلا يحل لها النظر من الرجل الاجنبي ما بين السرة الى الركبة ولا بأس أن تنظر الى ماسوى ذلك اذا كانت تأمن على نفسها والافضل للشاب غض البصر عن وجه الاجنبية وكذا الشابة لما فيه من خوف حدوث الشهوة والوقوع في الفتنة يؤيده المروى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما انه قال في قوله تبارك وتعالى الا ماظهر منها انه الرداء والثياب فكان غض البصر وترك النظر أزكى وأطهر وذلك قوله عز وجل قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم وروى ان أعميين دخلا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده بعض أزواجه سيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنها وأخرى فقال لهما قوما فقالتا انهما أعميان يارسول الله فقال لهما أعمياوان انتما الا اذا لم يكونا من أهل الشهوة بان كانا شيخين كبيرين لعدم احتمال حدوث الشهوة فيهما والعبد فيما ينظر الى مولاته كالحر الذي لا قرابة بينه وبينها سواء وكذا الفحل والخصي والعنين والمخنث اذا بلغ مبلغ الرجال سواء لعموم قوله تبارك وتعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم واطلاق قوله عز شأنه ولا يبدين زينتهن الا ماظهر منها ولان الرق والخصاء لا يعدمان الشهوة وكذا العنة والخنوثة (أما) الرق فظاهر (وأما) الخصاء فان الخصي رجل الا أنه مثل به الى هذا أشارت سيدتنا عائشة رضي الله عنها فقالت انه رجل مثل به افتحل له المثلة ماحرم الله تبارك وتعالى على غيره (وأما) العنة والخنوثة فالعنين والمخنث رجلان فان قيل اليس ان المملوك بملك اليمين للمرأة مستثنى من قوله جل وعلا ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الى قوله عز شأنه الا ماملكت أيمانهن من غير فصل بين العبد والامة والاستثناء من الحظر اباحة فالجواب ان قوله سبحانه وتعالى الا ماملكت أيمانهن ينصرف الى الاماء لان حكم العبيد صار معلوما بقوله سبحانه وتعالى أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال اذ العبد من جملة التابعين من الرجال فكان قوله عز شأنه الا ماملكت ايمانهن مصروفا الى الاماء لئلا يؤدى الى التكرار فان قيل حكم الاماء صار معلوما بقوله تبارك وتعالى أو التابعين فالصرف اليهن يؤدى الى التكرار أيضا فالجواب ان المراد بالنساء الحرائر فوقعت الحاجة الى تعريف حكم الاماء فأبان بقوله جل شأنه أو ماملكت أيمانهن ان حكم الحرة والامة فيه سواء

وروى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت كان يدخل على نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم مخنث فكانوا يعدونه من غير أولى الاربة فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو ينعت امرأة فقال لا أرى هذ يعلم ماههنا لا يدخل عليكن فحجبوه وكذا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة رضى الله عنها وعندها مخنث فاقبل على أخى أم سلمة فقال يا عبد الله ان فتح الله عليكم غدا الطائف دللتك على بنت غيلان فانها تقبل بأربع وتدبر بثمان فقال عليه الصلاة والسلام لا أرى يعرف هذا ماههنا لا يدخلن عليكم هذا اذا بلغ الاجنبى مبلغ الرجال فان كان صغيرا لم يظهر على عورات النساء ولا يعرف العورة من غير العورة فلا بأس لهن من ابداء الزينة لهم لقوله جل وعلا أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء مستثنى من قوله عز شأنه ولا يبدين زينتهن الا لمن ذكر والطفل فى اللغة الصبى ما بين أن يولد الى يحتلم وأما الذى يعرف التميز بين العورة وغيرها وقرب من الحلم فلا ينبغى لها أن تبدى زينتها له ألا ترى ان مثل هذا الصبى أمر بالاستئذان فى بعض الاوقات بقوله تبارك وتعالى والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات الا اذا لم يكونا من أهل الشهوة بان كانا شيخين كبيرين لعدم احتمال حدوث الشهوة فيهما وروى ان أعميين دخلا على سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده بعض أزواجه سيدتنا عائشه وأخرى فقال لهما قوما فقالتا انهما أعميان يارسول الله فقال اعميا وان أنتما هذا حكم النظر الى الوجه والكفين وأما حكم مس هذين العضوين فلا يحل مسهما لان حل النظر للضرورة التى ذكرناها ولا ضرورة الى المس مع ما ان المس فى بعث الشهوة وتحريكها فوق النظر واباحة أدنى الفعلين لا يدل على اباحة اعلاهما هذا اذا كان شابين فان كانا شيخين كبيرين فلا بأس بالمصافحة لخروج المصافحة منهما من أن تكون مورثة للشهوة لانعدام الشهوة وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز ثم انما يحرم النظر من الاجنبية الى سائر أعضائها سوى الوجه والكفين أو القدمين أيضاً على اختلاف الروايتين اذا كانت مكشوفة فاما اذا كانت مستورة بالثوب فان كان ثوبها صفيقاً لا يلتزق ببدنها فلا بأس أن يتأملها ويتأمل جسدها لان المنظور اليه الثوب دون البدن وان كان ثوبها رقيقاً يصف ما تحته ويشف أو كان صفيقا لكنه يلتزق ببدنها حتى يستبين له جسدها فلا يحل له النظر لانه اذا استبان جسدها كانت كاسية صورة عارية حقيقة وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لعن الله الكاسيات العاريات وروى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت دخلت على أختى السيدة أسماء وعليها ثياب شامية رقاق وهى اليوم عندكم صفاق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه ثياب تمجها سورة النور فامر بها فاخرجت فقلت يارسول الله زارتنى أختى فقلت لها ما قلت فقال يا عائشة ان المرأة اذا حاضت لا ينبغى أن يرى منها الا وجهها وكفاها فان ثبت هذا من النبى عليه الصلاة والسلام كان تفسيرا لقوله عز وجل الا ما ظهر منها فدل على صحة ظاهر الرواية ان الحرة لا يحل النظر منها الا الى وجهها وكفيها والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع السابع وهو ذوات الرحم بلا محرم فحكمهن حكم الاجنبيات الحرائر لعموم الامر بغض البصر والنهى عن ابداء زينتهن الا المذكورين فى محل الاستثناء وذو الرحم بلا محرم غير مذكور فى المستثنى فبقيت منهية عن ابداء الزينة له والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الثانى وهو ما يحل من ذلك ويحرم للرجل من الرجل فنقول وبالله التوفيق يحل للرجل أن ينظر من الرجل الاجنبى الى سائر جسده الا ما بين السرة والركبة الا عند الضرورة فلا بأس أن ينظر الرجل من الرجل الى موضع الختان ليختنه ويداويه بعد الختن وكذا اذا كان بموضع العورة من الرجل قرح أو جرح أو وقعت الحاجة الى مداواة الرجل ولا ينظر الى الركبة ولا بأس بالنظر الى السرة فالركبة عورة والسرة ليست بعورة عندنا وعند الشافعى على العكس من ذلك والصحيح قولنا لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ما تحت السرة عورة والركبة ما تحتها فكانت عورة الا ان ما تحت الركبة صار مخصوصا فبقيت الركبة تحت العموم ولان الركبة عضو مركب من عظم الساق والفخذ على وجه يتعذر تميزه والفخذ من العورة والساق ليس من العورة فعند الاشتباه يجب العمل بالاحتياط وذلك فيما قلنا بخلاف السرة لانه اسم لموضع

معلوم لا اشتباه فيه وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه كان اذا اتزر أبدى سرته ولو كانت عورة لما احتمل منه كشفها هذا حكم النظر (وأما) حكم المس فلا خلاف فى أن المصافحة حلال لقوله عليه الصلاة والسلام تصافحوا تحابوا وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال اذا التقى المؤمن أخاه فصافحه تناثرت ذنوبه ولان الناس يتصافحون فى سائر الاعصار فى العهود والمواثيق فكانت سنة متوارثة واختلف فى القبلة والمعانقة قال أبو حنيفة رضى الله عنه ومحمد رحمه الله يكره للرجل أن يقبل فم الرجل أو يده أو شيأ منه أو يعانقه وروى عن أبى يوسف رحمه الله أنه لا بأس به (ووجهه) ما روى أنه لما قدم جعفر بن أبى طالب رضى الله عنه من الحبشة عانقه سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبل بين عينيه وأدنى درجات فعل النبى الحل وكذا روى ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا اذا رجعوا من أسفارهم كان يقبل بعضهم بعضاً ويعانق بعضهم بعضا واحتجا بما روى أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل أيقبل بعضنا بعضاً فقال لا فقيل أيعانق بعضنا بعضاً فقال عليه الصلاة والسلام لا فقيل أيصافح بعضنا بعضاً فقال عليه الصلاة والسلام نعم وذكر الشيخ أبو منصور رحمه الله ان المعانقة انما تكره اذا كانت شبيهة بما وضعت للشهوة فى حالة التجرد فاما اذا قصد بها المبرة والاكرام فلا تكره وكذا التقبيل الموضوع لقضاء الوطر والشهوة هو المحرم فاذا زال عن تلك الحالة ابيح وعلى هذا الوجه الذى ذكره الشيخ يحمل الحديث الذى احتج به أبو يوسف رحمه الله والله أعلم بالصواب (وأما) الثالث وهو بيان ما يحل من ذلك وما يحرم للمرأة من المرأة فكل ما يحل للرجل أن ينظر اليه من الرجل يحل للمرأة أن تنظر اليه من المرأة وكل ما لا يحل له لا يحل لها فتنظر المرأة من المرأة الى سائر جسدها الا ما بين السرة والركبة لانه ليس فى نظر المرأة الى المرأة خوف الشهوة والوقوع فى الفتنة كما ليس ذلك فى نظر الرجل الى الرجل حتى لو خافت ذلك تجتنب عن النظر كما فى الرجل ولا يجوز لها أن تنظر ما بين سرتها الى الركبة الا عند الضرورة بان كانت قابلة فلا بأس لها أن تنظر الى الفرج عند الولادة وكذا لا بأس أن تنظر اليه لمعرفة البكارة فى امرأة العنين والجارية المشتراة على شرط البكارة اذا اختصما وكذا اذا كان بها جرح أو قرح فى موضع لا يحل للرجال النظر اليه فلا بأس أن تداويها اذا علمت المداواة فان لم تعلم تعلم ثم تداويها فان لم توجد امرأة تعلم المداواة ولا امرأة تتعلم وخيف عليها الهلاك أو بلاء أو وجع لا تحتمله يداويها الرجل لكن لا يكشف منها الا موضع الجرح ويغض بصره ما استطاع لان الحرمات الشرعية جاز أن يسقط اعتبارها شرعا لمكان الضرورة كحرمة الميتة وشرب الخمر حالة المخمصة والاكراه لكن الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة لان علة ثبوتها الضرورة والحكم لا يزيد على قدر العلة هذا الذى ذكرنا حكم النظر والمس (وأما) حكم الدخول فى بيت الغير فالداخل لا يخلو اما أن يكون أجنبياً أو من محارمه فان كان أجنبياً فلا يحل له الدخول فيه من غير استئذان لقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها قيل تستأنسوا أى تستأذنوا وقيل تستعلموا وهما متقاربان لان الاستئذان طلب الاذن والاستعلام طلب العلم والاذن اعلام وسواء كان الساكن فى البيت أو لم يكن لقوله تعالى فان لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وهذا يدل على ان الاستئذان ليس للسكان أنفسهم خاصة بل لانفسهم ولاموالهم لان الانسان كما يتخذ البيت سترا لنفسه يتخذه سترا لامواله وكما يكره اطلاع الغير على نفسه يكره اطلاعه على أمواله وفى بعض الاخبار ان من دخل بيتا بغير اذن قال له الملك الموكل به عصيت وآذيت فيسمع صوته الخلق كلهم الا الثقلين فيصعد صوته الى السماء الدنيا فتقول ملائكة السماء أف لفلان عصى ربه وأذى واذا استأذن فأذن له حل له الدخول يدخل ثم يسلم ولا يقدم التسليم على الدخول كما قال بعض الناس لقوله سبحانه وتعالى فاذا دخلتم بيوتا فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة ولانه لو سلم قبل الدخول فاذا دخل يحتاج الى التسليم ثانيا وان لم يؤذن له بالدخول وقيل له ارجع فليرجع ويكره له أن يقعد على الباب لقوله عزوجل وان قيل لكم ارجعوا فارجعوا وفى بعض الاخبار الاستئذان ثلاث مرات من لم يؤذن له فيهن فليرجع أما الاول فيسمع الحى وأما الثانى فيأخذوا حذرهم وأما

الثالث فان شاؤا أذنوا وان شاؤا ردوا فاذا استأذن ثلاث مرات ولم يؤذن له ينبغي أن يرجع ولا يقعد على الباب لينتظر لان للناس حاجات وأشغالا في المنازل فلو قعد على الباب وانتظر لضاق ذرعهم وشغل قلوبهم ولعل لا تلتئم حاجاتهم فكان الرجوع خيراله من القعود وذلك قوله تعالى هو أزكى لكم هذا اذا كان الدخول للزيارة ونحوها فأما اذا كان الدخول لتغيير المنكر بأن سمع في دار صوت المزامير والمعازف فليدخل عليهم بغير اذنهم لان تغيير المنكر فرض فلو شرط الاذن لتعذر التغيير والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان من محارمه فلا يدخل بغير استئذان أيضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة لعموم النص الذي تلونا ولو دخل عليها من غير استئذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكرهان ذلك وهكذا روى أن رجلا سأل النبي عليه الصلاة والسلام وقال أنا أخدم أمي وأفرشها ألي أستأذن عليها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فسأله ثلاثا فقال عليه الصلاة والسلام يسرك أن تراها عريانة فقال لا قال لا استأذن عليها وكذا روى عن حذيفة رضي الله عنه أن رجلا سأله فقال أستأذن على أختي فقال رضي الله عنه ان لم تستأذن رأيت ما يسوءك الا أن الامر في الاستئذان على المحارم أيسر وأسهل لان المحرم مطلق النظر الى موضع الزينة منها شرعا هذا الذي ذكرنا حكم الاحرار البالغين (وأما) حكم المماليك والصبيان أما المملوك فيدخل في بيت سيده من غير استئذان الا في ثلاثة أوقات قبل صلاة الفجر وعند الظهر و بعد صلاة العشاء الآخرة لقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم الى قوله تعالى ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض ولان هذه أوقات التجرد وظهور العورة في العادة (أما) قبل صلاة الفجر فوقت الخروج من ثياب النوم ووقت الظهيرة وقت وضع الثياب للقيلولة وأما بعد صلاة العشاء فوقت وضع ثياب النهار للنوم ولا كذلك بعد هذه الاوقات الثلاث لان العورات بعدها تكون مستورة عادة والعبد والامة في ذلك سواء وسواء كان المملوك صغيرا أو كبيرا بعد أن كان يعرف العورة من غير العورة لان هذه أوقات غرة وساعات غفلة فربما يكون على حالة يكره أن يراه أحد عليها وهذا المعنى يستوي فيه الذكر والانثى والكبير والصغير بعد أن يكون من أهل التمييز و يكون الخطاب في الصغار للسادات بالتعليم والتأديب كما في الآباء مع الابناء الصغار (وأما) الصبيان فان كان الصغير ممن لا يميز بين العورة وغيرها فيدخل في الاوقات كلها وان كان من أهل التمييز بأن قرب من البلوغ يمنعه الأب من الدخول في الاوقات الثلاثة تأديبا وتعليما لامور الدين كالامر بالصلاة اذا بلغ سبعا وضربه عليها اذا بلغ عشرا والتفريق بينهم في المضاجع والله عز وجل أعلم هذا اذا كان البيت مسكونا بأن كان له ساكن وأما اذا لم يكن كالخانات والرباطات التي تكون للمارة والخربات التي تقضى فيها حاجة البول والغائط فلا بأس أن يدخله من غير استئذان لقوله سبحانه وتعالى ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم أي منفعة لكم وهي منفعة دفع الحر والبرد في الخانات والرباطات ومنفعة قضاء الحاجة من البول والغائط في الخربات والله سبحانه وتعالى أعلم وروى في الخبر انه لما نزلت آية الاستئذان قال سيدنا أبو بكر رضي الله عنه يا رسول الله فكيف بالبيوت التي بين مكة والمدينة وبين المدينة والشام ليس فيها ساكن فأنزل الله تعالى عز وجل قوله ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم والله عز وجل الموفق هذا الذي ذكرنا حكم الدخول (وأما) حكم ما بعد الدخول وهو الخلوة فان كان في البيت امرأة أجنبية أو ذات رحم محرم لا يحل للرجل أن يخلو بها لان فيه خوف الفتنة والوقوع في الحرام وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يخلون رجل بامرأة فان ثالثهما الشيطان وان كانت المرأة ذات رحم محرم منه فلا بأس بالخلوة والافضل أن لا يفعل لما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال ما خلوت بامرأة قط مخافة أن أدخل في نهي النبي عليه الصلاة والسلام و يكره للمرأة أن تصل شعر غيرها من بني آدم بشعرها لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة ولان الآدمي بجميع أجزائه مكرم والانتفاع بالجزء المنفصل منه اهانة له ولهذا كره بيعه ولا بأس بذلك من شعر البهيمة وصوفها لانه

انتفاع بطريق التزين بما يحتمل ذلك ولهذا احتمل الاستعمال فى سائر وجوه الانتفاع فكذا فى التزين ولا بأس للرجل أن يعزل عن أمته بغير اذنها (وأما) المنكوحة فان كانت حرة يكره له العزل من غير اذنها بالاجماع لان لها فى الولد حقا وفى العزل فوت الولد ولا يجوز تفويت حق الانسان من غير رضاه فاذا رضيت جاز وان كانت أمة فلا بد من الاذن أيضا بلا خلاف لكن الكلام فى أن الاذن بذلك الى المولى أم اليها قال أبو حنيفة رحمه الله الاذن فيه الى مولاها وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اليها (وجه) قولهما ان لها حقا فى قضاء الشهوة والعزل يوجب نقصانا فيه ولا يجوز ابطال حق الانسان من غير رضاه (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه ان الكراهة فى الحرة لمكان خوف فوت الولد الذى لها فيه حق والحق ههنا فى الولد للمولى لا للامة وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة فنعم لكن حقها فى أصل قضاء الشهوة لا فى وصف الكمال ألا ترى ان من الرجال من لا ماء له وهو يجامع امرأته من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة دل ان حقها فى أصل قضاء الشهوة لا فى وصف الكمال والله سبحانه وتعالى أعلم ويكره للرجل أن يقول فى دعائه أسألك بحق أنبيائك ورسلك وبحق فلان لانه لا حق لأحد على الله سبحانه وتعالى جل شأنه وكذا يكره أن يقول فى دعائه أسألك بمعقد العز من عرشك وروى عن أبى يوسف انه لا بأس بذلك لورود الحديث وهو ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يقول فى دعائه اللهم انى أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة (وجه) ظاهر الرواية ان ظاهر هذا اللفظ يوهم التشبيه لان العرش خلق من خلائق الله تبارك وتعالى جل وعلا فاستحال أن يكون عز الله تبارك وتعالى معقودا به وظاهر الخبر الذى هو فى حد الآحاد اذا كان موهما للتشبيه فالكف عن العمل به أسلم ويكره حمل الخرقة لمسح العرق والامتخاط ترفعا بها وتكبرا لان التكبر من المخلوق مذموم وكذا هو تشبيه بزي العجم وقال سيدنا عمر رضى الله عنه اياكم وزى العجم فأما الحاجة فلا بأس به لانه لو لم يحمل لاحتاج الى الاخذ بالكم والذيل وفيه افساد ثوبه ولا بأس بربط الخيط فى الاصبع أو الخاتم للحاجة لان فيه استعانة على قضاء حاجة المسلم بالتذكير ودفع النسيان وانه أمر مندوب اليه وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بعض الصحابة بذلك ويكره استقبال القبلة بالفرج فى الخلاء لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال اذا أتيتم الغائط فعظموا قبلة الله تبارك وتعالى فلا تستقبلوها ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا وهذا بالمدينة (وأما) الاستدبار فعن أبى حنيفة رضى الله عنه فيه روايتان فى رواية يكره وفى رواية لا يكره لما روى عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما أنه رأى النبى عليه الصلاة والسلام مستقبل الشام مستدبر القبلة ولان فرجه لا يوازى القبلة حالة الاستدبار وانما يوازى الارض بخلاف حالة الاستقبال هذا اذا كان فى الفضاء فان كان فى البيوت فكذلك عندنا وعند الشافعى عليه الرحمة لا بأس بالاستقبال فى البيوت واحتج بما روى عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما سئل عن ذلك فقال انما ذلك فى الفضاء (ولنا) ماروينا من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم مطلقا من غير فصل بين الفضاء والبيوت والعمل بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى من العمل بقول الصحابى ولان الفارق بين الفضاء وبين البيوت ان كان وجود الحائل من الجدار ونحوه فقد وجد الحائل فى الفضاء وهو الجبال وغيرها ولم يمنع الكراهة فكذا هذا ويكره أن تكون قبلة المسجد الى متوضأ أو مخرج أو حمام لان فيه ترك تعظيم المسجد وأما مسجد البيت وهو الموضع الذى عينه صاحب البيت للصلاة فلا بأس بذلك لانه ليس بمسجد حقيقة فلا يكون له حكم المسجد وتكره التصاوير فى البيوت لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام أنه قال لا ندخل بيتا فيه كلب أو صورة ولان امساكها تشبه بعبدة الاوثان الا اذا كانت على البسط أو الوسائد الصغار التى تلقى على الارض ليجلس عليها تكره لان دوسها بالارجل اهانة لها فامساكها فى موضع الاهانة لا يكون تشبها بعبدة الاصنام الا أن يسجد عليها فيكره لحصول معنى التشبه ويكره على الستور وعلى الازر المضروبة على الحائط وعلى الوسائد الكبار وعلى السقف لما فيه من تعظيمها

ولو

اولولم يكن لها رأس فـلا بأس لانها لا تكون صورة بل تكون نقشاً فان قطع رأسه بان خاط على عنقه خيطاً فذلك يس بشئ لانها لم تخرج عن كونها صورة بل ازدادت حلية كالطوق لذوات الاطواق من الطيور ثم المكروه صورة ذى الروح فاما صورة مالا روح له من الاشجار والقناديل ونحوها فلا بأس به ويكره التعشير والنقط فى المصحف لقول عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما جردوا مصاحفكم وذلك فى ترك التعشير والنقط ولان ذلك يؤدى الى الخلل فى تحفظ القرآن لانه يتكل عليه فلا يجتهد فى التحفظ بل يتكاسل لكن قيل هذا فى بلادهم فاما فى بلاد العجم فـلا يكره لان العجم لا يقدرون على تعلم القرآن بدونه ولهذا جرى التعارف به فى عامة البلاد من غير نكير فـكان مسنونا لا مكروها ولا بأس بنقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب لان تزيين المسجد من باب تعظيمه لكن مع هذا تركه أفضل لان صرف المال الى الفقراء أولى واليه أشار عمر بن عبد العزيز رضى الله عنهما حين رأى مالا ينقل الى المسجد الحرام فقال المساكين أحوج من الاساطين وكان لمسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم جريد النخل وهذا اذا نقش من مال نفسه فامامن مال المسجد فلا ينبغى أن يفعل ولو فعل القيم من مال المسجد قيل انه يضمن ولا يعق عن الغلام والجارية عندنا وعند الشافعى رحمه الله العقيقة سنة واحتج بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عق عن سيدنا الحسن وسيدنا الحسين رضى الله عنهما كبشاً كبشاً (ولنا) ما روى عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال نسخت الاضحية كل دم كان قبلها ونسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله ونسخت الزكاة كل صدقة كانت قبلها والعقيقة كانت قبل الاضحية فصارت منسوخة بها كالعتيرة والعقيقة ما كانت قبلها فرضاً بل كانت فضلا وليس بعد نسخ الفضل الا الكراهة بخلاف صوم عاشوراء وبعض الصدقات المنسوخة حيث لا يكره التنفل بها بعد النسخ لان ذلك كان فرضاً وانتساخ الفرضية لا يخرجه عن كونه قربة فى نفسه والله سبحانه وتعالى أعلم ويكره للرجل أن يجعل الراية فى عنق عبده ولا بأس بان يقيده اما الراية وهى الغل فلانه شئ أحدثته الجبابرة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة فى النار فاما التقييد فليس بمحدث بل كان يستعمله الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم روى أن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما قيد عبداً له يعلمه تأويل القرآن وبه جرت العادة فى سائر الاعصار من غير نكير فيكون اجماعا ولان ضرب الراية على العبد لا بقاء التمكن من الانتفاع مع الامن عن الاباق الا ان لا يحصل بالراية لان كل أحد اذا رآه يمشى مع الراية يظنه آبقا فيصرفه عن وجهه ويرده الى مولاه فلا يمكنه الانتفاع به فلم يكن ضرب الراية عليه مفيدا ولا بأس بالحقنة لانها من باب التداوى وأنه أمر مندوب اليه قال النبى عليه الصلاة والسلام تداووا فان الله تعالى لم يخلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم ويكره اللعب بالنرد والشطرنج والاربعة عشر وهى لعب تستعمله اليهود لانه قمار أولعب وكل ذلك حرام (أما) القمار فلقوله عز وجل (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس) وهو القمار كذا روى ابن عباس وابن سيدنا عمر رضى الله عنهم وروى عن مجاهد وسعيد بن جبير والشعبى وغيرهم رضى الله عنهم أنهم قالوا الميسر القمار كله حتى الجوز الذى يلعب به الصبيان وعن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال الشطرنج ميسر الاعاجم وعن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ما الهاكم عن ذكر الله فهو ميسر (وأما) اللعب فلقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه وقوله عليه الصلاة والسلام ما أنا من دد ولا ددمنى وحكى عن الشافعى رحمه الله أنه رخص فى اللعب بالشطرنج وقال لان فيه تشحيذ الخاطر وتذكية الفهم والعلم بتدابير الحرب ومكايده فكان من باب الادب فاشبه الرماية والفروسية وبهذا لا يخرج عن كونه قمارا ولعبا وكل ذلك حرام لما ذكرنا وكره أبو يوسف التسليم على اللاعبين بالشطرنج تحقيراً لهم لزجرهم عن ذلك ولم يكرهه أبو حنيفة رضى الله عنه لان ذلك يشغلهم عما هم فيه فكان التسليم بعض ما يمنعهم عن ذلك فلا يكره ولا بأس بعيادة اليهود والنصارى لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عاد يهوديا فقال له قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر الى أبيه

فقال له أبوه أجب محمداً فأسلم ثم مات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذى أنقذ بى نسمة من النار ولان عيادة الجار قضاء حق الجوار وأنه مندوب اليه قال الله تبارك وتعالى والجار الجنب من غير فصل مع ما فى العيادة من الدعوة الى الايمان رجاء الايمان فكيف يكون مكروها ويكره الابتداء بالتسليم على اليهودى والنصرانى لان السلام اسم لكل بر وخير ولا يجوز مثل هذا الدعاء للكافر الا أنه اذا سلم لا بأس بالرد عليه مجازاة له ولكن لا يزيد على قوله وعليك لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان اليهود اذا سلم عليكم أحدهم فانما يقول السام عليكم فقولوا وعليك ولا بأس بدخول أهل الذمة المساجد عندنا وقال مالك رحمه الله والشافعى لا يحل لهم دخول المسجد الحرام احتج مالك رحمه الله بقوله عز وجل انما المشركون نجس وتنزيه المسجد عن النجس واجب يحققه أنه يجب تنزيه المسجد عن بعض الطاهرات كالنخامة ونحوها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان المسجد لينزوى من النخامة كما تنزوى الجلدة من النار فعن النجاسة أولى واحتج الشافعى رحمه الله بقوله جل وعلا (فلا يقربوا المسجد بعد عامهم هذا) خص المسجد الحرام بالنهى عن قربانه فيدل على اختصاص حرمة الدخول به ليكون التخصيص مفيداً (ولنا) أن المشركين من وفود العرب وغيرهم كانوا يدخلون المسجد على رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روى أن أباسفيان دخل المسجد عام الحديبية وكذا وفد ثقيف دخلوا المسجد وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة من دخل المسجد فهو آمن جعل عليه الصلاة والسلام المسجد مأمناً ودعاهم الى دخوله وما كان عليه الصلاة والسلام ليدعو الى الحرام (وأما) الآية الكريمة فالمراد أنهم نجس الاعتقاد والافعال لا نجس الاعيان اذ لا نجاسة على أعيانهم حقيقة وقوله عز وجل (فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) نهى عن دخول مكة للحج لا عن دخول المسجد الحرام نفسه لقوله تعالى (وان خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله ان شاء) ومعلوم ان خوف العيلة انما يتحقق بمنعهم عن دخول مكة لا عن دخول المسجد الحرام نفسه لانهم اذا دخلوا مكة ولم يدخلوا المسجد الحرام لا يتحقق خوف العيلة ولما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سيدنا علياً رضى الله عنه ينادى الا لا يحجن بعد هذا العام مشرك فثبت ان هذا نهى عن دخول مكة للحج الا أنه سبحانه وتعالى ذكر المسجد الحرام لما أن المقصد من اتيان مكة البيت والبيت فى المسجد والله سبحانه وتعالى أعلم مسلم باع خمراً وأخذ ثمنها وعليه دين يكره لصاحب الدين أن يأخذه منه ولو كان البائع نصرانياً فلا بأس بأخذه (ووجه) الفرق أن بيع الخمر من المسلم باطل لانها ليست بمتقومة فى حق المسلم فلا يملك ثمنها فبقى على حكم ملك المشترى فلا يصح قضاء الدين به وان كان البائع نصرانياً فالبيع صحيح لكونها مالا متقوما فى حقه فملك ثمنها فصح قضاء الدين منه والله عز وجل أعلم رجل دعى الى وليمة أو طعام وهناك لعب أو غناء جملة الكلام فيه ان هذا فى الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون عالماً ان هناك ذلك واما ان لم يكن عالماً به فان كان عالماً به فان كان من غالب رأيه أنه يمكنه التغيير يجيب لان اجابة الدعوى مسنونة قال النبى عليه الصلاة والسلام اذا دعى أحدكم الى وليمة فليأتها وتغيير المنكر مفروض فكان فى الاجابة اقامة الفرض ومراعاة السنة وان كان فى غالب رأيه أنه لا يمكنه التغيير لا بأس بالاجابة لما ذكرنا ان اجابة الدعوة مسنونة ولا تترك السنة لمعصية توجد من الغير ألا ترى أنه لا يترك تشييع الجنازة وشهود المأتم وان كان هناك معصية من النياحة وشق الجيوب ونحو ذلك كذا ههنا وقيل هذا اذا كان المدعو اماما يقتدى به بحيث يحترم ويحتشم منه فان لم يكن فترك الاجابة والقعود عنها أولى وان لم يكن عالماً حتى ذهب فوجد هناك لعباً أو غناء فان أمكنه التغيير غير وان لم يمكنه ذكر فى الكتاب وقال لا بأس بان يقعد ويأكل قال أبو حنيفة رضى الله عنه ابتليت بهذا مرة لما ذكرنا أن اجابة الدعوة أمر مندوب اليه فلا يترك لاجل معصية توجد من الغير هذا اذا لم يعلم به حتى دخل فان علمه قبل الدخول يرجع ولا يدخل وقيل هذا اذا لم يكن اماما يقتدى به فان كان لا يمكث بل يخرج لان فى المكث استخفافاً بالعلم والدين وتجرئة لاهل الفسق على الفسق وهذا لا يجوز وصبر أبى حنيفة رحمه الله محمول على وقت لم يصر فيه مقتدى به على الاطلاق ولو صار لما صبر ودلت المسئلة على أن مجرد الغناء

معصية وكذا الاستماع اليه وكذا ضرب القصب والاستماع اليه الا ترى ان أباحنيفة رضى الله عنه سماه ابتلاء
و يكره الاحتكار والكلام فى الاحتكار فى موضعين أحدهما فى تفسير الاحتكار وما يصير به الشخص محتكرا
والثانى فى بيان حكم الاحتكار (أما) الاول فهو أن يشترى طعاما فى مصر و يمتنع عن بيعه وذلك يضر بالناس
وكذلك لو اشتراه من مكان قريب يحمل طعامه الى المصر وذلك المصر صغير وهذا يضر به يكون محتكرا وان كان
مصرا كبيرا لا يضر به لا يكون محتكرا ولو جلب الى مصر طعاما من مكان بعيد وحبسه لا يكون احتكارا وروى عن
أبى يوسف رحمه الله أنه يكون احتكارا لان كراهة الاحتكار بالشراء فى المصر والامتناع عن البيع لمكان الاضرار
بالعامة وقد وجد ههنا ولابى حنيفة رضى الله عنه قول النبى عليه الصلاة والسلام الجالب مرزوق وهذا جالب
ولان حرمة الاحتكار بحبس المشترى فى المصر لتعلق حق العامة به فيصير ظالما بمنع حقهم على ماذكرولم يوجد ذلك فى
المشترى خارج المصر من مكان بعيد لانه متى اشتراه ولم يتعلق به حق أهل المصر فلا يتحقق الظلم ولكن مع هذا الافضل
له أن لا يفعل و يبيع لان فى الحبس ضررا بالمسلمين وكذلك ماحصل له من ضياعه بان زرع أرضه فأمسك
طعامه فليس ذلك باحتكار لانه لم يتعلق به حق أهل المصر لكن الافضل أن لا يفعل و يبيع لما قلنا ثم الاحتكار
يجرى فى كل ما يضر بالعامة عند أبى يوسف رحمه الله قوتا كان أولا وعند محمد رحمه الله لا يجرى الاحتكار الا فى
قوت الناس وعلف الدواب من الحنطة والشعير والتبن والقت (وجه) قول محمد رحمه الله ان الضرر فى الاعم الاغلب
انما يلحق العامة بحبس القوت والعلف فلا يتحقق الاحتكار الا به (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان الكراهة
لمكان الاضرار بالعامة وهذا لا يختص بالقوت والعلف (وأما) حكم الاحتكار فنقول يتعلق بالاحتكار أحكام
(منها) الحرمة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المحتكر ملعون والجالب مرزوق ولا يلحق اللعن الا
بمباشرة المحرم وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله و برئ الله منه
ومثل هذا الوعيد لا يلحق الا بارتكاب الحرام ولان الاحتكار من باب الظلم لان ما بيع فى المصر فقد تعلق به حق
العامة فاذا امتنع المشترى عن بيعه عند شدة حاجتهم اليه فقد منعهم حقهم ومنع الحق عن المستحق ظلم وانه حرام وقليل
مدة الحبس وكثيرها سواء فى حق الحرمة لتحقق الظلم (ومنها) أن يؤمر المحتكر بالبيع ازالة للظلم لكن انما يؤمر
ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله فان لم يفعل وأصر على الاحتكار و رفع الى الامام مرة أخرى وهو مصر عليه
فان الامام يعظه و يهدده فان لم يفعل و رفع اليه مرة ثالثة يحبسه و يعزره زجرا له عن سوء صنعه ولا يجبر على البيع
وقال محمد يجبر عليه وهذا يرجع الى مسئلة الحجر على الحر لان الجبر على البيع فى معنى الحجر وكذا لا يسعر لقوله عز
وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقوله عليه الصلاة
والسلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه وروى ان السعر غلا فى المدينة وطلبوا التسعير من رسول الله
صلى الله عليه وسلم فلم يسعر وقال ان الله تبارك وتعالى هو المسعر القابض الباسط (ومنها) انه اذا خاف الامام الهلاك
على أهل المصر أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم فاذا وجدوا ردوا عليهم مثله لانهم اضطروا اليه ومن اضطر الى
مال الغير فى مخمصة كان له أن يتناوله بالضمان لقوله تعالى فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وكذا
يكره تلقى الركبان اذا كان يضر بأهل المصر لما روى ان النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن تلقى الركبان ولان فيه
اضرارا بالعامة فيكره كما يكره الاحتكار و يكره خرق الزق الذى فيه خمر لمسلم عند أبى حنيفة رحمه الله ولو خرق
يضمن وعند أبى يوسف ومحمد لا يكره ولا يضمن وعلى هذا الخلاف كسر آلات الملاهى من البربط والعود
والزمارة ونحوها والمسئلة تعرف فى كتاب البيوع رجل ابتلع درة رجل فمات المبتلع فان ترك مالا كانت قيمة
الدرة فى تركته وان لم يترك مالا لا يشق بطنه لان الشق حرام وحرمة النفس أعظم من حرمة المال وعليه قيمة الدرة
لانه استهلكها وهى ليست من ذوات الامثال فكانت مضمونة بالقيمة فان ظهر له مال فى الدنيا قضى منه والا فهو

مأخوذ به في الآخرة حامل ماتت فاضطرب في بطنها ولد فان كان في أكبر الرأي انه حي يشق بطنها لانا ابتلينا ببليتين فنختار أهونهما وشق بطن الام الميتة أهون من اهلاك الولد الحي رجل له ورثة صغار فأراد أن يوصي نظر في ذلك فان كان أكبر رأيه انه تقع الكفاية لهم بما سوى ثلث الوصية من المتروك فالوصية بالثلث أفضل لان فيه رعاية الجانبين وان كان أكبر رأيه انه لا تقع الكفاية لهم الا بكل المتروك فالمتروك لهم أفضل من الوصية لما روي ان سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بكم يوصي الرجل من ماله فقال عليه الصلاة والسلام بالثلث والثلث كثير لان تدع ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس رجل رأى رجلا قتل أباه وادعى القاتل انه قتله بقصاص أو ردة ولم يعلم الابن من ذلك شيأ وسع الابن أن يقتله لانه عاين السبب الموجب للقصاص في الاصل وهو القتل العمد لقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود الا أن يعفو أو يفادي والقاتل يدعي أمرا عارضا فلا يسمع الا بحجة وكذلك اذا أقر بالقتل في السر ثم ادعى انه قتله بقصاص أو بردة كان الابن في سعة من قتله لان الاقرار بالقتل العمد اقرار بالسبب الموجب للقصاص في الاصل على ما بينا ولو لم يعاين القتل ولا أقر به عنده ولكن شهد عنده شاهدان عدلان على معاينة القتل أو على الاقرار به لم يسعه قتله حتى يقضي القاضي بشهادتهما فرقا بين الاقرار وبين الشهادة ووجه الفرق بينهما ظاهر لان الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي لما فيها من تهمة جر النفع فلا تندفع التهمة الا بقضاء القاضي (فاما) الاقرار فحجة بنفسه اذ الانسان غير متهم في الاقرار على نفسه فهو الفرق وكذلك يحل لمن عاين القتل او سمع اقراره به أن يعين الولي على قتله لانه اعانة لصاحب الحق على استيفاء حقه ظاهرا ولو شهد عند الابن اثنان بما يدعيه القاتل مما يحل دمه من القتل والردة فان كانا ممن يقضي القاضي بشهادتهما لو شهدا عنده لا ينبغي للابن أن يعجل بالقتل لجواز أن يتصل القضاء بشهادتهما فيتبين انه قتله بغير حق والامتناع عن المباح أولى من ارتكاب المحظور وان كانا ممن لا يقضي القاضي بشهادتهما لو شهدا عنده كالمحدودين في القذف والنساء وحدهن كان في سعة من قتله لما ذكرنا ان الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي فان كانت ممن لا يتصل بها القضاء كان وجودها وعدمها بمنزلة واحدة ولكن مع هذا ان توقف في ذلك فهو أفضل لاحتمال اتصال القضاء به في الجملة أو لاحتمال أن يكون صدقا حقيقة عند الله عز وجل ولو شهد عنده رجل واحد عدل غير محدود في القذف ينبغي أن يتوقف في القتل لجواز أن ينضم اليه شاهد آخر ولهذا لو شهد عند القاضي لتوقف أيضا فكان الانتظار أفضل ولو لم ينتظر واستعجل في قتله كان في سعة منه لان الموجود أحد شطري الشهادة وانه لا يعتبر بدون الشطر الآخر ولو عاين الوارث رجلا أخذ مالا من أبيه أو أقر عنده انه أخذ مالا من أبيه وادعى انه كان وديعة له عند أبيه أو كان دينا له عليه اقتضاه منه وسعه أن يأخذه منه لانه لما عاين أخذ المال منه فقد عاين السبب الموجب للضمان في الاصل وهو الاخذ لان الاخذ في الاصل سبب لوجوب ضمان المأخوذ وهو رد عينه ان كان قائما ورد بدله ان كان هالكا لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ودعوى الايداع والدين أمر عارض فلا يسمع الا بحجة وله أن يأخذه منه ولو امتنع عن الدفع يقاتله عليه لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك وكذا اذا أقر بذلك لانه أقر بالسبب الموجب للضمان على ما بينا فله أن يأخذه منه وكذلك يسع لمن عاين ذلك أو سمع اقراره أن يعينه على الاخذ منه لكونه اعانة على استيفاء الحق ظاهرا ولو لم يعاين ذلك ولا أقر به عنده ولكن شهد شاهدان عدلان عنده ان هذا الشئ الذي في يد فلان ملك ورثته عن أبيك لا يسعه أخذه منه حتى يقضي القاضي بخلاف الاقرار وقد مر الفرق بينهما في فصل القتل والله عز وجل أعلم (وأما) الذي ثبت حرمته في حق الرجال دون النساء فثلاثة أنواع منها لبس الحرير المصمت من الديباج والقز لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب فقال هذان حرامان على ذكور أمتي حل لاناثها

*وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه حلة فقال يا رسول الله كسوتني حلة

وقد قلت فى حـلة عطا ردانما يلبسه من لا خلاق له فى الآخرة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انى لم أ كسكها لتلبسها وفى رواية انما أعطيتك لتكسو بعض نسائك * فان قيل أليس روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وعليه قباء من ديباج قيل نعم ثم نسخ لما روى عن أنس رضى الله عنه انه قال لبس رسول الله صلى الله عليه وسلم جبة حرير أهداها له أكيدر رومة وذلك قبل أن ينهى عنه كذا قال أنس وهذا فى غير حال الحرب (وأما) فى حال الحرب فكذلك عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يكره لبس الحرير فى حال الحرب وجه قولهما ان فى لبس الحرير فى حال الحرب ضرورة لانه يحتاج الى دفع ضرر السلاح عنه والحرير أدفع له وأهيب للعدو وأيضا فرخص للضرورة ولابى حنيفة رضى الله عنه اطلاق التحريم الذى روينا من غير فصل بين حال الحرب وغيرها وماذكراه من الضرورة يندفع بلبس ما لحمته حرير وسداه غير حرير لان دفع ضرر السلاح وتهييب العدو يحصل به فلا ضرورة الى لبس الحرير الخالص فلا تسقط الحرمة من غير ضرورة ولا فرق بين الكبير والصغير فى الحرمة بعدان كان ذكرا لان النبى عليه الصلاة والسلام أدار هذا الحكم على الذكورة بقوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان على ذكور أمتى الا ان اللابس اذا كان صغيرا فالاثم على من ألبسه لا عليه لانه ليس من أهل التحريم عليه كما اذا سقى خمرا فشربها كان الاثم على الساقى لا عليه كذا ههنا هذا اذا كان كله حريرا وهو المصمت فان كانت لحمته حريرا وسداه غير حرير لا يكره لبسه فى حال الحرب بالاجماع لما ذكرنا من ضرورة دفع مضرة السلاح وتهييب العدو فاما فى غير حال الحرب فمكروه لانعدام الضرورة وان كان سداه حريرا ولحمته غير حرير لا يكره فى حال الحرب وغيرها وههنا نكتتان احداهما ان الثوب يصير ثوبا باللحمة لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى فكانت اللحمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه وهذه النكتة تقتضى اباحة لبس الثياب العتابى والنكتة الثانية وهى نكتة الشيخ أبى منصور ان السدى اذا كان حريرا واللحمة غير حرير يصير السدى مستورا باللحمة فأشبه الحشو وهذه النكتة تقتضى أن لا يباح لبس العتابى لان سداه ظاهر غير مستور والصحيح هو النكتة الاولى لان رواية الاباحة فى لبس مطلق ثوب سداه حرير ولحمته غير حرير منصوصة فتجرى على اطلاقها فلا يناسبها الا النكتة الاولى ولو جعل حشو القباء حريرا أو قزا لا يكره لانه مستور بالظهارة فلم يحصل معنى التزين والتنعم الا يرى أن لابس هذا الثوب لا يسمى لابس الحرير والقز ولو جعل الحرير بطانة يكره لانه لابس الحرير حقيقة وكذا معنى التنعم حاصل للتزين بالحرير ولطفه هذا اذا كان الحرير كثيرا فان كان قليلا كاعلام الثياب والعمائم قدر أربعة أصابع فادونها لا يكره وكذا العلم المنسوج بالذهب لانه تابع والعبرة للمتبوع ألا ترى ان لابسه لا يسمى لابس الحرير والذهب وكذا جرت العادة بتعمم العمائم ولبس الثياب المعلمة بهذا القدر فى سائر الاعصار من غير نكير فيكون اجماعا وكذا الثوب والقلنسوة الذى جعل على أطرافها حرير لا يكره اذا كان قدر أربعة أصابع فادونها لما قلنا وروى أن النبى عليه الصلاة والسلام لبس فروة وعلى أطرافها حرير وعن محمد انه لا يسع ذلك فى القلنسوة وان كان أقل من أربعة أصابع وانما رخص أبو حنيفة رضى الله عنه اذا كان فى عرض الثوب وذكر فى نوادر هشام عن محمد رحمه الله انه يكره تكة الديباج والابريسم لانه استعمال الحرير مقصودا الا بطريق التبعية فيكره وان قل بخلاف العلم ونحوه هذا الذى ذكرنا حكم لبس الحرير (فأما) حكم التوسد به والجلوس والنوم عليه فغير مكروه عند أبى حنيفة عليه الرحمة وعند أبى يوسف ومحمد مكروه (لهما) اطلاق التحريم الذى روينا من غير فصل بين اللبس وغيره ولان معنى التزين والتنعم كما يحصل باللبس يحصل بالتوسد والجلوس والنوم ولابى حنيفة ما روى انه كان على بساط عبد الله بن عباس رضى الله عنهما مرفقة من حرير وروى ان أنسا رضى الله عنه حضر وليمة فجلس على وسادة حرير عليها طيور فدل فعله رضى الله عنه على رخصة الجلوس على الحرير وعلى الوسادة الصغيرة التى عليها صورة وبه تبين ان المراد من التحريم فى الحديث تحريم اللبس فيكون فعل الصحابى مبينا لقول النبى عليه الصلاة والسلام لا مخالفا له والقياس باللبس غير

سـديدلان التزين بهذه الجهات دون التزين باللبس لانه استعمال فيه اهانة المستعمل بخلاف اللبس فيبطل الاستدلال به (وأما) المرأة فيحل لها لبس الحرير المصمت والديباج والقز لان النبي عليه الصلاة والسلام أحل هذا للاناث بقوله عليه الصلاة والسلام حل لاناثها (ومنها) الذهب لان النبي عليه الصلاة والسلام جمع بين الذهب و بين الحرير في التحريم على الذكور بقوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان على ذكور أمتي فيكره للرجل التزين بالذهب كالتختم ونحوه ولا يكره للمرأة لقوله عليه الصلاة والسلام حل لاناثها وروى عن النعمان بن بشير رضي الله عنه أنه قال اتخذت خاتما من ذهب فدخلت على سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مالك اتخذت حلى أهل الجنة قبل أن تدخلها فرميت ذلك واتخذت خاتماً من حديد فدخلت عليه فقال مالك اتخذت حلى أهل النار فاتخذت خاتماً من نحاس فدخلت عليه فقال انى أجد منك ريح الاصنام فقلت كيف أصنع يارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام اتخذه من الورق ولا تزد على المثقال والاصل ان استعمال الذهب فيما يرجع الى التزين مكروه في حق الرجل دون المرأة لما قلنا واستعماله فيما ترجع منفعته الى البدن مكروه في حق الرجل والمرأة جميعا حتى يكره الاكل والشرب والادهان والتطيب من مجامر الذهب للرجل والمرأة لقول النبي عليه الصلاة والسلام ان الذى يشرب من آنية الفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم ومعلوم ان الذهب أشد حرمة من الفضة ألا يرى انه رخص عليه الصلاة والسلام التختم بالفضة للرجال ولا رخصة في الذهب أصلا فكان النص الوارد في الفضة واردا في الذهب دلالة من طريق الاولى كتحريم التأفيف مع تحريم الضرب والشتم وكذلك الاكتحال بمكحلة الذهب أو بميل من ذهب مكروه للرجل والمرأة جميعا لان منفعته عائدة الى البدن فأشبه الاكل والشرب (وأما) الاناء المضبب بالذهب فلا بأس بالاكل والشرب فيه عند أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول محمد ذكره في الموطأ وعند أبي يوسف يكره (وجه) قول أبي يوسف أن استعمال الذهب حرام بالنص وقد حصل باستعمال الاناء فيكره (وجه) قولهما أن هذا القدر من الذهب الذى عليه هو تابع له والعبرة للمتبوع دون التابع كالثوب المعلم والجبة المكفوفة بالحرير وعلى هذا الخلاف الجلوس على السرير المضبب والكرسي والسرج واللجام والركاب والثفر المضببة وكذا المصحف المضبب على هذا الخلاف وكذا حلقة المرآة اذا كانت من الذهب ولبس ثوب فيه كتابة بذهب على هذا الاختلاف (وأما) السيف المضبب والسكين فلا بأس به بالاجماع وكذلك المنطقة المضببة لورود الآثار بالرخصة بذلك في السلاح ولا بأس بشد الفص بمسمار الذهب لانه تبع للفص والعبرة للاصل دون التبع كالعلم للثوب ونحوه (وأما) شد السن المتحرك بالذهب فقد ذكر الكرخي رحمه الله أنه يجوز ولم يذكر خلافا وذكر في الجامع الصغير انه يكره عند أبي حنيفة وعند محمد رحمهما الله لا يكره ولو شدها بالفضة لا يكره بالاجماع وكذا لو جدع أنفه فاتخذ أنفا من ذهب لا يكره بالاتفاق لان الانف ينتن بالفضة فلابد من اتخاذه من ذهب فكان فيه ضرورة فسقط اعتبار حرمته وقد روى أن عرفجة أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من ورق فانتن فأمره سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفا من ذهب و بهذا الحديث يحتج محمد على ماذكر في الجامع لجواز تضبيب السن بالذهب ولانه يباح له أن يشده بالفضة فكذا بالذهب لانهما في حرمة الاستعمال على السواء ولانه تبع للسن والتبع حكمه حكم الاصل وهذا يوافق أصل أبي حنيفة رضي الله عنه وحجة ماذكر أبو حنيفة رضي الله عنه في الجامع اطلاق التحريم من غير فصل ولا يرخص مباشرة المحرم الا لضرورة وهي تندفع بالادنى وهو الفضة فبقي الذهب على أصل التحريم والاستدلال بالفضة غير سديد لتفاوت بين الحرمتين على مامر ولو سقط سنه يكره أن يأخذ سن ميت فيشدها مكان الاولى بالاجماع وكذا يكره أن يعيد تلك السن الساقطة مكانها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولكن يأخذ سن شاة ذكية فيشدها مكانها وقال أبو يوسف رحمه الله لا بأس بسنه ويكره سن غيره قال ولا يشبه سنه سن ميت استحسن ذلك و بينهما عندى فصل ولكن لم يحضرني (ووجه) الفصل له من وجهين أحدهما ان سن نفسه جزء منفصل للحال عنه لكنه يحتمل أن يصير متصلا في الثاني بأن يلتئم فيشتد

بنفسه

بنفسه فيعود الى حالته الاولى واعادة جزء منفصل الى مكانه ليلتئم جائز كما اذا قطع شئ من عضوه فأعاده الى مكانه فأما سن غيره فلا يحتمل ذلك والثانى ان استعمال جزء منفصل عن غيره من بنى آدم اهانة بذلك الغير والآدمى بجميع أجزائه مكرم ولا اهانة فى استعمال جزء نفسه فى الاعادة الى مكانه (وجه) قولهما ان السن من الآدمى جزء منه فاذا انفصل استحق الدفن ككله والاعادة صرف له عن جهة الاستحقاق فلا تجوز وهذا لا يوجب الفصل بين سنه وسن غيره (ومنها) الفضة لان النص الوارد بتحريم الذهب على الرجال يكون واردا بتحريم الفضة دلالة فيكره للرجال استعمالها فى جميع ما يكره استعمال الذهب فيه الا التختم به اذا ضرب على صيغة ما يلبسه الرجال ولا يزيد على المثقال لما روينا من حديث النعمان بن بشير رضى الله عنهما وكذا المنطقة وحلية السيف والسكين من الفضة لما مر وما لا يكره استعمال الذهب فيه لا يكره استعمال الفضة من طريق الاولى لانها أخف حرمة من الذهب وقد ذكرنا جميع ذلك على الاتفاق والاختلاف فلا نعيده (وأما) التختم بما سوى الذهب والفضة من الحديد والنحاس والصفر فمكروه للرجال والنساء جميعا لانه زى أهل النار لما روينا من الحديث (وأما) الاوانى المموهة بماء الذهب والفضة الذى لا يخلص منه شئ فلا بأس بالانتفاع بها فى الاكل والشرب وغير ذلك بالاجماع وكذا لا بأس بالانتفاع بالسرج والركاب والسلاح والسرير والسقف المموه لان التمويه ليس بشئ ألا يرى انه لا يخلص والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿كتاب البيوع﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى مواضع فى بيان ركن البيع وفى بيان شرائط الركن وفى بيان أقسام البيع وفى بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها وفى بيان حكم البيع وفى بيان ما يرفع حكم البيع (أما) ركن البيع فهو مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب وذلك قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل (أما) القول فهو المسمى بالايجاب والقبول فى عرف الفقهاء والكلام فى الايجاب والقبول فى موضعين أحدهما فى صيغة الايجاب والقبول والثانى فى صفة الايجاب والقبول (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق الايجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضى وقد يكون بصيغة الحال (أما) بصيغة الماضى فهى أن يقول البائع بعت ويقول المشترى اشتريت فيتم الركن لان هذه الصيغة وان كانت للماضى وضعا لكنها جعلت ايجابا للحال فى عرف أهل اللغة والشرع والعرف قاض على الوضع وكذا اذا قال البائع خذ هذا الشئ بكذا أو أعطيتكه بكذا أو هو لك بكذا أو بذلتكه بكذا وقال المشترى قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك فانه يتم الركن لان كل واحد من هذه الالفاظ يؤدى معنى البيع وهو المبادلة والعبرة للمعنى لا للصورة (وأما) صيغة الحال فهى أن يقول البائع للمشترى أبيع منك هذا الشئ بكذا ونوى الايجاب فقال المشترى اشتريت أو قال المشترى اشترى منك هذا الشئ بكذا ونوى الايجاب وقال البائع أبيعه منك بكذا وقال المشترى اشتريه ونويا الايجاب يتم الركن وينعقد وانما اعتبرنا النية ههنا وان كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح لانه غالب استعمالها للاستقبال اما حقيقة أو مجازا فوقعت الحاجة الى التعيين بالنية ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق بأن يقول المشترى للبائع اتبيع منى هذا الشئ بكذا أو أبعته منى بكذا فقال البائع بعت لا ينعقد ما لم يقل المشترى اشتريت وكذا اذا قال البائع للمشترى اشترى منى هذا الشئ بكذا فقال اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت وهل ينعقد بصيغة الاستقبال وهى صيغة الامر بأن يقول المشترى للبائع بع عبدك هذا منى بكذا فيقول البائع بعت قال أصحابنا رحمهم الله لا ينعقد ما لم يقل المشترى اشتريت وكذا اذا قال البائع للمشترى اشتر منى هذا الشئ بكذا فقال اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت عندنا وقال الشافعى رحمه الله ينعقد (وجه) قوله ان هذه الصيغة تصلح شطر العقد فى الجملة ألا ترى ان من قال لآخر تزوج ابنتى فقال المخاطب تزوجت أو قال زوج ابنتك منى فقال زوجت ينعقد النكاح فاذا

صلحت هـذه الصيغة شطراً فى النكاح صلحت شطرا فى البيع لان الركن فى كل واحد منهما هو الايجاب والقبول ولنا ان قوله بع أواشترطلب الايجاب والقبول وطلب الايجاب والقبول لا يكون ايجابا وقبولا فلم يوجد الا أحد الشطرين فلا يتم الركن ولهذا لا ينعقد بلفظ الاستفهام لكون الاستفهام سؤال الايجاب والقبول لا ايجابا وقبولا كذا هذا وهذا هو القياس فى النكاح الا انا استحسنا فى النكاح بنص خاص وهو ماروى أبو يوسف ان بلالا خطب الى قوم من الانصار فأبوا أن يزوجوه فقال لولا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنى أن أخطب اليكم لم أخطب فقالوا له أملكت ولم ينقل ان بلالا رضى الله عنه قال قبلت فتركنا القياس هناك بالنص ولا نص فى البيع فوجب العمل بالقياس ولان هذه الصيغة مساومة حقيقة فلا تكون ايجابا وقبولا حقيقة بل هى طلب الايجاب والقبول فلا بد للايجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة فى باب النكاح لان المساومة لا توجد فى النكاح عادة فحملت على الايجاب والقبول على ان الضرورة توجب أن يكون قول القائل زوج ابنتك منى شطر العقد فلو لم تجعل شطر العقد لتضرر به الولى لجواز ان يزوج ولا يقبل الخاطب فيلحقه الشين فجعلت شطراً لضرورة دفع الضرر عن الاولياء وهذا المعنى فى باب البيع منعدم فبقيت سؤالا فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشطر الآخر (وأما) صفة الايجاب والقبول فهو ان أحدهما لا يكون لازما قبل وجود الآخر فأحد الشطرين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر حتى اذا وجد أحد الشطرين من أحد المتبايعين فللآخر خيار القبول وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر لما روى عن أبى هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا عن بيعهما والخيار الثابت لهما قبل التفرق عن بيعهما هو خيار القبول وخيار الرجوع ولان أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبورا على ذلك الشطر وهذا لا يجوز (وأما) المبادلة بالفعل فهى التعاطى ويسمى هذا البيع بيع المراوضة وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز البيع بالتعاطى لان البيع فى عرف الشرع كلام ايجاب وقبول فاما التعاطى فلم يعرف فى عرف الشرع بيعاً وذكر القدورى ان التعاطى يجوز فى الاشياء الخسيسة ولا يجوز فى الاشياء النفيسة ورواية الجواز فى الاصل مطلق عن هذا التفصيل وهى الصحيحة لان البيع فى اللغة والشرع اسم للمبادلة وهى مبادلة شىء مرغوب بشىء مرغوب وحقيقة المبادلة بالتعاطى وهو الاخذ والاعطاء وانما قول البيع والشراء دليل عليهما والدليل عليه قوله عز وجل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم والتجارة عبارة عن جعل الشىء للغير ببدل وهو تفسير التعاطى وقال سبحانه وتعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين أطلق سبحانه وتعالى اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع وقال الله عز وجل ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة سمى سبحانه وتعالى مبادلة الجنة بالقتال فى سبيل الله تعالى اشتراء وبيعا لقوله تعالى فى آخر الآية فاستبشروا ببيعكم الذى بايعتم به وان لم يوجد لفظ البيع واذا ثبت ان حقيقة المبادلة بالتعاطى وهو الاخذ والاعطاء فهذا يوجد فى الاشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً فكان التعاطى فى كل ذلك بيعاً فكان جائزاً

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فلا يمكن الوصول الى معرفتها الا بعد معرفة أقسام البياعات لان منها ما يعم البياعات كلها (ومنها) ما يخص البعض دون البعض فنقول البيع فى القسمة الاولى ينقسم قسمين قسم يرجع الى البدل وقسم يرجع الى الحكم (أما) الذى يرجع الى البدل فينقسم قسمين آخرين أحدهما يرجع الى البدلين والآخر يرجع الى أحدهما وهو الثمن أما الاول فنقول البيع فى حق البدلين ينقسم أربعة أقسام بيع العين بالعين وهو بيع السلع بالسلع ويسمى بيع المقايضة وبيع العين بالدين وهو بيع السلع بالأثمان المطلقة وهى الدراهم والدنانير وبيعها بالفلوس النافقة وبالمكيل الموصوف فى الذمة والموزون الموصوف والعددى المتقارب الموصوف وبيع الدين بالعين وهو السلم وبيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الصرف (فاما) الذى يرجع الى أحد البدلين وهو الثمن فينقسم فى حق البدل وهو الثمن خمسة أقسام بيع المساومة وهو مبادلة المبيع بأى ثمن اتفق

و بيع المرابحة وهومبادلة المبيع بمثل الثمن الاول و زيادة ربح و بيع التولية وهو المبادلة بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان و بيع الاشتراك وهو التولية لكن فى بعض المبيع ببعض الثمن و بيع الوضيعة وهو المبادلة بمثل الثمن الاول مع نقصان شيء منه وأما القسم الذى يرجع الى الحكم فنذكره فى باب حكم البيع ان شاء الله تعالى واذا عرفت أقسام البياعات فنذكر شرائطها وهى انواع بعضها شرط الانعقاد بعضها شرط النفاذ وهو مالا يثبت الحكم بدونه وان كان قد ينعقد التصرف بدونه و بعضها شرط الصحة وهو مالا صحة له بدونه وان كان قد ينعقد و ينفذ بدونه و بعضها شرط اللزوم وهو مالا يلزم البيع بدونه وان كان قد ينعقد و ينفذ بدونه (أما) شرائط الانعقاد فانواع بعضها يرجع الى العاقد و بعضها يرجع الى نفس العقد و بعضها يرجع الى مكان العقد و بعضها يرجع الى المعقود عليه (أما) الذى يرجع الى العاقد فنوعان أحدهما أن يكون عاقلا فلا ينعقد بيع المجنون والصبى الذى لا يعقل لان أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف والاهلية لا تثبت بدون العقل فلا يثبت الانعقاد بدونه فاما البلوغ فليس بشرط لانعقاد البيع عندنا حتى لو باع الصبى العاقل مال نفسه ينعقد عندنا موقوفا على اجازة وليه وعلى اجازة نفسه بعد البلوغ وعند الشافعى شرط فلا تنعقد تصرفات الصبى عنده اصلا وكذا ليس بشرط النفاذ فى الجملة حتى لو توكل عن غيره بالبيع والشراء ينفذ تصرفه وعنده لا ينفذ وهى مسئلة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه حتى ينفذ بيع العبد المأذون بالاجماع و ينعقد بيع العبد المحجور اذا باع مال مولاه موقوفا على اجازته عندنا وكذا الملك او الولاية ليس بشرط لانعقاد البيع عندنا بل هو شرط النفاذ حتى يتوقف بيع الفضولى وعنده شرط حتى لا يتوقف أصلا والمسئلة تأتى فى موضعها وكذا اسلام البائع ليس بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه ولا لصحته بالاجماع فيجوز بيع الكافر وشراؤه وقال الشافعى اسلام المشترى شرط جواز شراء الرقيق المسلم والمصحف حتى لا يجوز ذلك من الكافر (وجه) قوله ان فى تملك الكافر المسلم اذلالا بالمسلم وهذا لا يجوز ولهذا يجبر على بيعه عندكم ولنا عمومات البيع من غير فصل بين بيع العبد المسلم من المسلم و بين بيعه من الكافر فهو على العموم الا حيث ماخص بدليل ولان الثابت للكافر بالشراء ليس الا الملك فى المسلم والكافر من أهل ان يثبت الملك له على المسلم الا ترى ان الكافر يرث العبد المسلم من أبيه وكذا اذا كان له عبد كافر فأسلم بقى ملكه فيه وهو فى الحقيقة ملك مبتدأ لان الملك عرض لا بقاء له فدل ان الكافر من أهل ثبوت الملك له فى المسلم وقوله فيه اذلال بالمسلم قلنا الملك عندنا لا يظهر فيما فيه اذلال بالمسلم فانه لا يظهر فى حق الاستخدام والوطء والاستمتاع بالجارية المسلمة وانما يظهر فيما لا ذل فيه من الاعتاق والتدبير والكتابة والبيع و به تبين ان الجبر على البيع ليس لدفع الذل اذ لا ذل على ما بينا ولكن لاحتمال وجود فعل لا يحل ذلك فى الاسلام لعداوة بين المسلم والكافر واذا جاز شراء الذمى العبد المسلم فيجوز اعتاقه وتدبيره واستيلاده وكتابته لان جواز هذه التصرفات مبنى على الملك وقد وجد الا انه اذا دبره يسعى العبد فى قيمته لانه لا سبيل الى ابقائه على ملكه ولا سبيل الى الازالة بالبيع لانه بيع المدبر وانه لا يجوز فتعينت الازالة بالسعاية وكذا اذا كانت أمة فاستولدها فانها تسعى فى قيمتها لما قلنا و يوجع الذمى ضربا بالوطئه المسلمة لانه حرام عليه فيستحق التعزير واذا كاتبه لا يعترض عليه لانه أزال يده عنه حتى لو عجز ورد فى الرق يجبر على بيعه وكذا الذمى اذا ملك شقصا فالحكم فى البعض كالحكم فى الكل ولو اشتراه مسلم من الكافر شراء فاسدا فانه يجبر على الرد لان رد الفساد واجب حقا للشرع ثم يجبر الكافر على بيعه والله سبحانه وتعالى أعلم وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحتهما فيجوز بيع الاخرس وشراؤه اذا كانت الاشارة مفهومة فى ذلك لانه اذا كانت الاشارة مفهومة فى ذلك قامت الاشارة مقام عبارته هذا اذا كان الخرس أصليا بان ولد أخرس فاما اذا كان عارضا بان طرأ عليه الخرس فلا الا اذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الاشارة مفهومة فيلحق بالاخرس الاصلى والثانى العدد فى العاقد فلا يصلح الواحد عاقدا من الجانبين فى باب البيع الا الاب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل

قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة أو يشترى مال الصغير لنفسه بذلك عند أصحابنا الثلاثة استحسانا والقياس أن لا يجوز ذلك أيضا وهو قول زفر رحمه الله وجه القياس ان الحقوق فى باب البيع ترجع الى العاقد وللبيع حقوق متضادة مثل التسليم والتسلم والمطالبة فيؤدى الى أن يكون الشخص الواحد فى زمان واحد مسلماً ومتسلماً طالباً ومطالباً وهذا محال ولهذا لم يجز أن يكون الواحد وكيلا من الجانبين فى باب البيع لما ذكرنا من الاستحالة و يصلح رسولا من الجانبين لان الرسول لا تلزمه الحقوق فلا يؤدى الى الاستحالة .وكذا القاضى يتولى العقد من الجانبين لان الحقوق لا ترجع اليه فكان بمنزلة الرسول و بخلاف الوكيل فى باب النكاح لان الحقوق لا ترجع اليه فكان سفيراً محضاً بمنزلة الرسول وجه الاستحسان قوله تبارك وتعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن فيملكه الاب وكذا البيع والشراء بمثل قيمته و بما يتغابن الناس فيه عادة قد يكون قربانا على وجه الاحسن بحكم الحال والظاهر ان الاب لا يفعل ذلك الا فى تلك الحال لكمال شفقته فكان البيع والشراء بذلك قربانا على وجه الاحسن وقوله يؤدى الى الاستحالة قلنا ممنوع فانه يجعل كأن الصبي باع أو اشترى بنفسه وهو بالغ فتعدد العاقد حكما فلا يؤدى الى الاستحالة

(وأما) الوصى اذا باع مال نفسه من الصغير أو اشترى مال الصغير لنفسه فان لم يكن فيه نفع ظاهر لا يجوز بالاجماع وان كان فيه نفع ظاهر جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يجوز لان القياس يأبى جوازه أصلا من الاب والوصى جميعا لما ذكرنا من الاستحالة الا ان الاب لكمال شفقته جعل شخصه المتحد حقيقة متعدداً ذاتاً ورأياً وعبارة والوصى لا يساويه فى الشفقة فبقى الامر فيه على أصل القياس ولابى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما ان تصرف الوصى اذا كان فيه نفع ظاهر لليتيم قربان ماله على وجه الاحسن فيملكه بالنص قوله لا يمكن الحاق الوصى بالاب لقصور شفقته قلنا الوصى له شبهان شبه بالاب وشبه بالوكيل اما شبهه بالوكيل فلكونه أجنبياً وشبهه بالاب لكونه مرضى الاب فالظاهر انه ما رضى به الا لوفور شفقته على الصغير فأثبتنا له الولاية عند ظهور النفع عملا بشبه الاب وقطعنا ولايته عند عدمه عملا بشبه الوكيل عملا بالشبهين بقدر الامكان

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقا للايجاب بأن يقبل المشترى ما أوجبه البائع و بما أوجبه فان خالفه بان قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير ايجاب مبتدأ موافق بيان هذه الجملة اذا أوجب البيع فى العبد فقبل فى الجارية لا ينعقد وكذا اذا أوجب فى العبدين فقبل فى أحدهما بان قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم فقال المشترى قبلت فى هذا العبد وأشار الى واحد معين لا ينعقد لان القبول فى أحدهما تفريق الصفقة على البائع والصفقة اذا وقعت مجتمعة من البائع لا يملك المشترى تفريقها قبل التمام لان من عادة التجار ضم الردىء الى الجيد ترويجا للردىء بواسطة الجيد فلو ثبت للمشترى ولاية التفريق لقبل فى الجيد دون الردىء فيتضرر به البائع والضرر منفى ولان غرض الترويج لا يحصل الا بالقبول فيهما جميعا فلا يكون راضيا بالقبول فى أحدهما ولان القبول فى أحدهما يكون اعراضا عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس وكذا لو أوجب البيع فى كل العبد فقبل المشترى فى نصفه لا ينعقد لان البائع يتضرر بالتفريق لانه يلزمه عيب الشركة ثم اذا قبل المشترى بعض ما أوجبه البائع كان هذا شراء مبتدأ من المشترى وايجابا مبتدأ من البائع فان اتصل به الايجاب من البائع فى المجلس فينظر ان كان للبعض الذى قبله المشترى حصة معلومة من الثمن جاز والا فلا بيانه اذا قال بعت منك هذين الكرين بعشرين درهما فقبل المشترى فى أحدهما وأوجب البائع جاز لان الثمن ينقسم على المبيع باعتبار الاجزاء فيما له مثل فكان بيع الكرين بعشرين بيع كل كر بعشرة لتماثل قفزان الكرين وكذلك اذا قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم فقبل المشترى فى أحدهما وبين ثمنه فقال البائع بعت يجوز فاما اذا لم يبين ثمنه لا يجوز وان ابتدأ البائع الايجاب بخلاف مسئلة الكرين وسائر الاشياء المتماثلة لما ذكرنا ان الثمن فى المثليات ينقسم على المبيع باعتبار الاجزاء فكان حصة كل واحد معلوما وفيما لا مثل له لا ينقسم الثمن على المبيع باعتبار الاجزاء لانعدام تماثل الاجزاء واذا لم

ينقسم بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن مجهولة وجهالة الثمن تمنع صحة البيع هذا اذا لم يبين البائع حصة كل واحد من العبدين بأن قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم فاما اذا بين بأن قال بعت منك هذين العبدين هذا بألف وهذا بخمسمائة فقبل المشتري في أحدهما دون الآخر جاز البيع لانعدام تفريق الصفقة من المشتري بل البائع هو الذي فرق الصفقة حيث سمى لكل واحد منهما ثمنا على حدة وعلم انه لا ضرر له فيه ولو كان فهو ضرر مرضي به وانه غير مدفوع * وكذا اذا أوجب البيع في شيء بألف فقبل فيه بخمسمائة لا ينعقد وكذا لو أوجب بجنس ثمن فقبل بجنس آخر الا اذا رضي البائع به في المجلس وعلى هذا اذا خاطب البائع رجلين فقال بعتكما هذا العبد أو هذين العبدين فقبل أحدهما دون الآخر لا ينعقد لانه أضاف الايجاب في العبدين أو عبد واحد اليهما جميعاً فلا يصلح جواب أحدهما جواباً للايجاب وكذا لو خاطب المشتري رجلين فقال اشتريت منكما هذا العبد بكذا فأوجب في أحدهما لم ينعقد لما قلنا

﴿ فصل ﴾ وأما الذي يرجع الى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس بان كان الايجاب والقبول في مجلس واحد فان اختلف المجلس لا ينعقد حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد لان القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس لانه كما وجد أحدهما انعدم في الثاني من زمان وجوده فوجد الثاني والاول منعدم فلا ينتظم الركن الا ان اعتبار ذلك يؤدي الى انسداد باب البيع فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكما وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة وحق الضرورة يصير مقضياً عند اتحاد المجلس فاذا اختلف لا يتوقف وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه (وجه) قوله ماذكرنا ان القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر والتأخر لمكان الضرورة وانها تندفع بالفور (ولنا) ان في ترك اعتبار الفور ضرورة لان القابل يحتاج الى التأمل ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل وعلى هذا اذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة في محمل واحد فان خرج الايجاب والقبول منهما متصلين انعقد وان كان بينهما فصل وسكوت وان قل لا ينعقد لان المجلس تبدل بالمشي والسير وان قل ألا ترى انه لو قرأ آية سجدة وهو يمشي على الارض أو يسير على دابة لا يصلي عليها مراراً يلزمه لكل قراءة سجدة وكذا لو خير امرأته وهي تمشي على الارض أو تسير على دابة لا يصلي عليها فمشت أو سارت يبطل خيارها لتبدل المجلس وان اختارت نفسها متصلا بتخيير الزوج صح اختيارها لان المجلس لم يتبدل فكذا ههنا ولو تبايعا وهما واقفان انعقد لاتحاد المجلس ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً ثم قبل لا ينعقد لانه لما سار أو سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول فلم يجتمع الشطران في مجلس واحد ولو وقفا فخير امرأته ثم سار الزوج وهي واقفة فالخيار في يدها ولو سارت هي والزوج واقف بطل خيارها فالعبرة لمجلسها لا لمجلس الزوج وفي باب البيع يعتبر مجلسهما جميعاً لان التخيير من قبل الزوج لازم ألا ترى انه لا يملك الرجوع عنه فلا يبطل بالاعراض وأحد الشطرين في باب البيع لا يلزم قبل قبول الآخر فاحتمل البطلان بالاعراض ولو تبايعا وهما في سفينة ينعقد سواء كانت واقفة أو جارية خرج الشطران متصلين أو منفصلين بخلاف المشي على الارض والسير على الدابة لان جريان السفينة بجريان الماء لا باجرائه ألا ترى ان راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جريانها مضافاً اليه فلم يختلف المجلس فأشبه البيت بخلاف المشي والسير أما المشي فظاهر لانه فعله وكذا سير الدابة مضاف اليه ألا ترى انه لو سيرها سارت ولو وقفها وقفت فاختلف المجلس بسيرها ولهذا لو كرر آية السجدة في السفينة وهي جارية لا يلزمه الا سجدة واحدة كما لو كررها في بيت واحد وكذا لو خير امرأته في السفينة وهي جارية فهي على خيارها ما لم يوجد منها دليل الاعراض وعلى هذا اذا أوجب أحدهما البيع والآخر غائب فبلغه فقبل لا ينعقد بان قال بعت عبدي هذا من فلان الغائب بكذا فبلغه فقبل ولو قبل عنه قابل ينعقد والاصل في هذا ان أحد الشطرين من أحد العاقدين في باب البيع يتوقف على الآخر في المجلس ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالاجماع الا اذا

كان عنه قابل أو كان بالرسالة أو بالكتابة اما الرسالة فهي أن يرسل رسولا الى رجل و يقول للرسول انى بعت عبدى هذا من فلان الغائب بكذا فاذهب اليه وقل له ان فلانا أرسلنى اليك وقال لى قل له انى قد بعت عبدى هذا من فلان بكذا فذهب الرسول و بلغ الرسالة فقال المشترى فى مجلسه ذلك قبلت انعقد البيع لان الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه الى المرسل اليه فكانه حضر بنفسه فاوجب البيع وقبل الآخر فى المجلس وأما الكتابة فهى أن يكتب الرجل الى رجل أما بعد فقد بعت عبدى فلانا منك بكذا فبلغه الكتاب فقال فى مجلسه اشتريت لان خطاب الغائب كتابه فكأنه حضر بنفسه وخاطب بالايجاب وقبل الآخر فى المجلس ولو كتب شطر العقد ثم رجع صح رجوعه لان الكتاب لا يكون فوق الخطاب ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صح رجوعه فههنا أولى وكذا لو أرسل رسولا ثم رجع لان الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة وذا محتمل للرجوع فههنا أولى وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به بخلاف ما اذا وكل انسانا ثم عزله بغير علمه لا يصح عزله لان الرسول يحكى كلام المرسل و ينقله الى المرسل اليه فكان سفيرا ومعبرا محضا فلم يشترط علم الرسول بذلك فاما الوكيل فانما يتصرف عن تفويض الموكل اليه فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التغرير على ما نذكره فى كتاب الوكالة وكذا هذا فى الاجارة والكتابة ان اتحاد المجلس شرط للانعقاد ولا يتوقف أحد الشطرين من أحد العاقدين على وجود الشطر الآخر اذا كان غائبا لان كل واحد منهما عقد معاوضة الا اذا كان عن الغائب قابل أو بالرسالة أو بالكتابة كما فى البيع وأما فى النكاح فهل يتوقف بان يقول رجل للشهود اشهدوا أنى قد تزوجت فلانة بكذا و بلغها فاجازت أو قالت امرأة اشهدوا أنى زوجت نفسى من فلان بكذا فبلغه فاجاز عند أبى حنيفة ومحمد لا يتوقف أيضا الا اذا كان عن الغائب قابل وعند أبى يوسف يتوقف وان لم يقبل عنه أحد وكذا الفضولى من الجانبين بان قال زوجت فلانة من فلان وهما غائبان فبلغهما فاجاز لم يجز عندهما وعند أبى يوسف يجوز وهذه مسئلة كتاب النكاح والفضولى من الجانبين فى باب البيع اذا بلغهما فاجاز لم يجز بالاجماع والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الشطر فى باب الخلع فمن جانب الزوج يتوقف بالاجماع حتى لو قال خالعت امرأتى الغائبة على كذا فبلغها الخبر فقبلت جاز وأما من جانب المرأة فلا يتوقف بالاجماع حتى لو قالت اختلعت من زوجى فلان الغائب على كذا فبلغه الخبر فاجاز لم يجز ووجه الفرق أن الخلع فى جانب الزوج يمين لانه تعليق الطلاق بقبول المال فكان يمينا ولهذا لا يملك الرجوع عنه وتصح فيه الاضافة الى الوقت والتعليق بالشرط بان يقول الزوج خالعتك غدا او ان قدم فلان فقد خالعتك على كذا واذا كان يمينا فغيبة المرأة لا تمنع صحة اليمين كما فى التعليق بدخول الدار وغير ذلك وأما من جانب المرأة فهو معاوضة ولهذا لا يصح تعليقه بالشرط من جانبها ولا تصح اضافته الى وقت وتملك الرجوع قبل اجازة الزوج واذا كان معاوضة فالشطر فى المعاوضات لا يتوقف كما فى البيع وغيره وكذا الشطر فى اعتاق العبيد على مال من جانب المولى يتوقف اذا كان العبد غائبا ومن جانب العبد لا يتوقف اذا كان المولى غائبا لانه من جانبه تعليق العتق بالشرط ومن جانب العبد معاوضة والاصل ان فى كل موضع لا يتوقف الشطر على ما وراء المجلس يصح الرجوع عنه ولا يصح تعليقه بالشرط واضافته الى الوقت كما فى البيع والاجارة والكتابة وفى كل موضع يتوقف الشطر على ما وراء المجلس لا يصح الرجوع عنه و يصح تعليقه بالشرط واضافته الى الوقت كما فى الخلع من جانب الزوج والاعتاق على مال من جانب المولى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المعقود عليه فانواع (منها) أن يكون موجودا فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج النتاج بان قال بعت ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل لانه ان باع الولد فهو بيع المعدوم وان باع الحمل فله خطر المعدوم وكذا بيع اللبن فى الضرع لانه له خطر لاحتمال انتفاخ الضرع وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لانهما معدوم وان كان بعد الطلوع جاز وان كان قبل بدو صلاحهما اذا لم يشترط الترك ومن مشايخنا من قال لا يجوز

الا اذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه فان كان بحيث لا ينتفع به أصلا لا ينعقد واحتجوا بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ولانه اذا لم يبد صلاحها لم تكن منتفعاً بها فلا تكون مالا فلا يجوز بيعها وهذا خلاف الرواية فان محمداً ذكر في كتاب الزكاة في باب العشر أنه لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها بامر البائع حتى أدركت فالعشر على المشترى ولو لم يجز بيعها حين ما طلعت لما وجب عشرها على المشترى والدليل على جواز بيعه ماروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال من باع نخلا مؤبرة فثمرته للبائع الا أن يشترطها المبتاع جعل الثمرة للمشترى بالشرط من غير فصل بين ما اذا بدا صلاحها اولا دل أنها محل البيع كيف ما كان والمعنى فيه وهو أنه باع ثمرة موجودة وهي بعرض أن تصير منتفعا بها في الثانى وان لم يكن منتفعا بها في الحال فيجوز بيعها كبيع جر والكلب على أصلنا وبيع المهر والجحش والارض السبخة والنهى محمول على بيع الثمار مدركة قبل ادراكها بان باعها ثمرا وهي بسر أو باعها عنبا وهى حصرم دليل صحة هذا التأويل قوله عليه الصلاة والسلام في سياق الحديث ارأيت ان منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال صاحبه ولفظة المنع تقتضى أن لا يكون ماقع عليه البيع موجودا لان المنع منع الوجود وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ماظهر منه ولا يجوز بيع مالم يظهر وهذا قول عامة العلماء رضى الله عنهم وقال مالك رحمه الله اذا ظهر فيه الخارج الاول يجوز بيعه لان فيه ضرورة لانه لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على التعاقب بعضها بعد بعض فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج (ولنا) أن مالم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع ودعوى الضرورة والحرج ممنوعة فانه يمكنه أن يبيع الاصل بما فيه من الثمر وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشترى وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحبل وحبل الحبل وروى حبل الحبلة وهو بمعنى الاول وانما زيادة الهاء للتأكيد والمبالغة وروى حبل الحبلة بحفظ الهاء من الكلمة الأخيرة والحبلة هى الحبلى فكان نهيا عن بيع ولد الحبلى وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع اللبن في الضرع وبيع عسب الفحل لان عسب الفحل ضرابه وهو عند العقد معدوم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب الفحل ولا يمكن حمل النهى على نفس العسب وهو الضراب لان ذلك جائز بالاعارة فيحمل على البيع والاجارة الا أنه حذف ذلك واضمر فيه كما في قوله تعالى واسأل القرية وغير ذلك ولا يجوز بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والدهن في السمسم والعصير في العنب والسمن في اللبن ويجوز بيع الحنطة وسائر الحبوب في سنابلها لان بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون ونحو ذلك بيع المعدوم لانه لا دقيق في الحنطة ولا زيت في الزيتون لان الحنطة اسم للمركب والدقيق اسم للمتفرق فلا دقيق في حال كونه حنطة ولا زيت حال كونه زيتونا فكان هذا بيع المعدوم فلا ينعقد بخلاف بيع الحنطة في سنبلها لان ما في السنبل حنطة اذ هي اسم للمركب وهي في سنبلها على تركيبها فكان بيع الموجود حتى لو باع تبن الحنطة في سنبلها دون الحنطة لا ينعقد لانه لا يصير تبنا الا بالعلاج وهو الدق فلم يكن تبناً قبله فكان بيع المعدوم فلا ينعقد وبخلاف بيع الجذع في السقف والآجر في الحائط وذراع من كرباس أو ديباج أنه ينعقد حتى لو نزع وقطع وسلم الى المشترى يجبر على الاخذ وههنا لا ينعقد أصلا حتى لو طحن أو عصر وسلم لا يجبر المشترى على القبول لان عدم النفاذ هناك ليس لخلل في الركن ولا في العاقد والمعقود عليه بل لمضرة تلحق العاقد بالنزع والقطع فاذا نزع وقطع فقد زال المانع فنفذ اما ههنا فالمعقود عليه معدوم حالة العقد ولا يتصور انعقاد العقد بدونه فلم ينعقد أصلا فلا يحتمل النفاذ فهو الفرق وكذا بيع البزر في البطيخ الصحيح لانه بمنزلة الزيت في الزيتون وبيع النوى في التمر وكذلك بيع اللحم في الشاة الحية لانها انما تصير لحما بالذبح والسلخ فكان بيع المعدوم فلا ينعقد وكذا بيع الشحم الذى فيها واليتها واكارعها ورأسها لما قلنا وكذا بيع البحير في السمسم لانه انما يصير بحيرا بعد العصر وعلى هذا يخرج ما اذا قال بعتك هذا الياقوت بكذا فاذا هو زجاج أو قال بعتك هذا الفص على أنه ياقوت بكذا فاذا هو زجاج

أو قال بعتك هذا الثوب الهروى بكذا فاذا هو مروى أو قال بعتك هذا الثوب على أنه مروى فاذا هو هروى لا ينعقد البيع فى هذه المواضع لان المبيع معدوم والاصل فى هذا أن الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا فى باب البيع فيما يصلح محل البيع ينظر ان كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية و يتعلق العقد بالمسمى وان كان من جنسه لكن يخالفه فى الصفة ان تفاحش التفاوت بينهما فالعبرة للتسمية أيضاً عندنا و يلحقان بمختلفى الجنس وان قل التفاوت فالعبرة للمشار اليه و يتعلق العقد به واذا عرف هذا فنقول الياقوت مع الزجاج جنسان مختلفان وكذا الهروى مع المروى نوعان مختلفان فيتعلق العقد فيه بالمسمى وهو معدوم فيبطل ولا ينعقد ولو قال بعتك هذا العبد فاذا هو جارية لا ينعقد عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله يجوز (وجه) قوله ان المسمى ههنا من جنس المشار اليه أعنى العبد والجارية وانما يختلفان فى صفة الذكورة والانوثة وهذا لا يمنع تعلق العقد بالمشار اليه كما اذا قال بعتك هذه الشاة على أنها نعجة فاذا هى كبش (ولنا) انهما جنسان مختلفان فى المعنى لاختلاف جنس المنفعة المطلوبة اختلافا فاحشا فالتحقا بمختلفى الجنس حقيقة بخلاف النعجة مع الكبش لانهما اتفقا جنسا ذاتا ومعنى اما ذاتا فظاهر لان اسم الشاة يتناولهما وأما معنى فلأن المطلوب من كل واحد منهما منفعة الأكل فتجانسا ذاتا ومنفعة فتعلق العقد بالمشار اليه وهو موجود محل للبيع فجاز بيعه ولكن المشترى بالخيار لانه فاتته صفة مرغوبة فأوجب ذلك خللا فى الرضا فيثبت له الخيار وكذا لو باع دارا على أن بناءها آجر فاذا هو لبن لا ينعقد لانهما يتفاوتان فى المنفعة تفاوتا فاحشا فكانا كالجنسين المختلفين وكذا لو باع ثوبا على انه مصبوغ بعصفر فاذا هو مصبوغ بزعفران لا ينعقد لان العصفر مع الزعفران يختلفان فى اللون اختلافا فاحشا وكذا لو باع حنطة فى جولق فاذا هو دقيق أو شرط الدقيق فاذا هو خبز لا ينعقد لان الحنطة مع الدقيق جنسان مختلفان وكذا الدقيق مع الخبز ألا ترى ان من غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حق المالك دل انها تصير بالطحن شيأ آخر فكان بيع المعدوم فلا ينعقد وان قال بعتك هذه الشاة على انها ميتة فاذا هى ذكية جاز بالاجماع لان الميتة ليست بمحل للبيع فلغت التسمية وبقيت الاشارة الى الذكية ولو قال بعتك هذا الثوب القز فاذا هو ملحم ينظر ان كان سداه من القز ولحمته من غيره لا ينعقد وان كان لحمته من القز فالبيع جائز لان الاصل فى الثوب هو اللحمة لانه انما يصير ثوبا بها فاذا كانت لحمته من غير القز فقد اختلف الجنس فكانت العبرة للتسمية والمسمى معدوم فلم ينعقد البيع واذا كانت من القز فالجنس لم يختلف فتعتبر الاشارة والمشار اليه موجود فكان محلا للبيع الا انه يثبت الخيار للمشترى لان كون السدى منه أمر مرغوب فيه وقد فات فوجب الخيار وكذلك اذا قال بعتك هذا الثوب الخز بكذا فاذا هو ملحم فهو على التفصيل الا أن لحمته اذا كانت خزا وسداه من غيره حتى جاز البيع فقد قيل انه ينبغى أن لا يثبت الخيار للمشترى ههنا لان الخز هكذا ينسج بخلاف القز ولو باع جبة على أن بطانتها وظهارتها كذا وحشوها كذا فان كانت الظهارة من غير ما شرط لا ينعقد البيع وان كانت البطانة والحشو مما شرط وان كانت الظهارة مما شرط جاز البيع وان كانت البطانة والحشو من غير ما شرط لان الاصل هو الظهارة ألا ترى انه ينسب الثوب اليها ويختلف الاسم باختلافها وانما البطانة تجرى مجرى التابع لها وكذا الحشو فكان المعقود عليه هو الظهارة وما سواها جاريا مجرى الوصف لها ففواته لا يمنع الجواز ولكنه يوجب الخيار لانه فات شئ مرغوب فيه ولو قال بعتك هذه الدار على أن فيها بناء فاذا لا بناء فيها فالبيع جائز والمشترى بالخيار ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء ترك فرق بين هذا و بين ما اذا قال بعتك هذه الدار على أن بناءها آجر فاذا هو لبن انه لا ينعقد (ووجه) الفرق ان الآجر مع اللبن يتفاوتان فى المنفعة تفاوتا فاحشا فالتحقا بمختلفى الجنس على ما بينا فيما تقدم (ومنها) أن يكون مالا لان البيع مبادلة المال بالمال فلا ينعقد بيع الحر لانه ليس بمال وكذا بيع أم الولد لانها حرة من وجه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أعتقها ولدها وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال فى أم الولد لا تباع ولا توهب وهى حرة من الثلث نفى عليه الصلاة والسلام جواز بيعها مطلقا وسماها حرة فلا تكون مالا على الاطلاق خصوصا على أصل أبى

حنيفة رضى الله عنه لان الاستيلاد يوجب سقوط المالية عنده حتى لا تضمن بالغصب والبيع الفاسد والاعتاق وانما تضمن بالقتل لا غير لان ضمان القتل ضمان الدم لا ضمان المال والمسئلة تأتى فى موضعها ان شاء الله تعالى ولا بيع المدبر المطلق عندنا وقال الشافعى عليه الرحمة بيع المدبر جائز واحتج بما روى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام أجاز بيع المدبر وعن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنها دبرت مملوكة لها فغضبت عليها فباعتها ولان التدبير تعليق العتق بالموت والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فلم يكن العتق ثابتا أصلا قبل الموت فيجوز بيعه كما اذا علق عتق عبده بدخول الدار ونحو ذلك ثم باعه قبل أن يدخل الدار وكما فى المدبر المقيد (ولنا) ما روى أبو سعيد الخدرى وجابر بن عبد الله الانصارى رضى الله عنهما أن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع المدبر ومطلق النهى محمول على التحريم وروى عن عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما أن النبى عليه الصلاة والسلام قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث وهذا نص فى الباب ولانه حر من وجه فلا يجوز بيعه كام الولد والدليل على انه حر من وجه الاستدلال بضرورة الاجماع وهو انه يعتق بعد الموت بالاجماع والحرية لابد لها من سبب وليس ذلك الا الكلام السابق وليس هو بتحرير بعد الموت لان التحرير فعل اختيارى وانه لا يتحقق من الميت فكان تحريرا من حين وجوده فكان ينبغى ان تثبت به الحرية من كل وجه للحال الا أنها تأخرت من وجه الى آخر جزء من أجزاء حياته بالاجماع ولا اجماع على التأخير من وجه فبقيت الحرية من وجه ثابتة للحال فلا يكون مالا مطلقا فلا يجوز بيعه وحديث جابر وسيدتنا عائشة رضى الله عنهما حكاية فعل يحتمل انه أجاز عليه الصلاة والسلام بيع مدبر مقيد أو باع مدبرا مقيدا او يحتمل أن يكون المراد منه الاجارة لان الاجارة بلغة أهل المدينة تسمى بيعا ويحتمل انه كان فى ابتداء الاسلام حين كان بيع المدبر مشروعا ثم نسخ فلا يكون حجة مع الاحتمال (وأما) المدبر المقيد فهناك لا يمكن أن يجعل الكلام السابق ايجابا من حين وجوده لانه علق عتقه بموت موصوف بصفة واحتمل أن يموت من ذلك المرض والسفر أولا فكان الخطر قائما فكان تعليقا فلم يكن ايجابا ما دام الخطر قائما ومتى اتصل به الموت يظهر انه كان تحريرا من وجه من حين وجوده لكن لا يتعلق به حكم والله سبحانه وتعالى أعلم ولا بيع المكاتب لانه حر يدا فلا تثبت يد تصرف الغير عليه ولا بيع معتق البعض موسرا كان المعتق أو معسرا عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم لانه بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما هو حر عليه دين (وأما) عند الشافعى رضى الله عنه فان كان المعتق معسرا فللشريك الساكت أن يبيع نصيبه بناء على أصله أن المعتق ان كان معسرا فالاعتاق منجز فبقى نصيب شريكه على ملكه فيجوز له بيعه وكل جواب عرفته فى هؤلاء فهو الجواب فى الاولاد من هؤلاء لان الولد يحدث على وصف الام ولهذا كان ولد الحرة حرا وولد الامة رقيقا وكما لا ينعقد بيع المكاتب وولده المولود فى الكتابة لا ينعقد بيع ولده المشترى فى الكتابة ووالدته لانهم تكاتبوا بالشراء (وأما) من سواهم من ذوى الارحام اذا اشتراهم يجوز بيعهم عند ابى حنيفة رضى الله عنه لانهم لم يتكاتبوا بالشراء وعند أبى يوسف ومحمد لا يجوز لانهم تكاتبوا وهى مسئلة كتاب المكاتب ولا ينعقد بيع الميتة والدم لانه ليس بمال وكذلك ذبيحة المجوسى والمرتد والمشرك لانها ميتة وكذا متروك التسمية عمدا عندنا خلافا للشافعى وهى مسئلة كتاب الذبائح وكذا ذبيحة المجنون والصبى الذى لا يعقل لانها فى معنى الميتة وكذا ما ذبح من صيد الحرم محرما كان الذابح أو حلالا وما ذبحه المحرم من الصيد سواء كان صيد الحرم أو الحل لان ذلك ميتة ولا ينعقد بيع صيد الحرم محرما كان البائع أو حلالا لانه حرام الانتفاع به شرعا فلم يكن مالا ولا بيع صيد المحرم سواء كان صيد الحرم أو الحل لانه حرام الانتفاع به فى حقه فلا يكون مالا فى حقه ولو وكل محرم حلالا ببيع صيد فباعه فالبيع جائز عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد باطل وهو على اختلافهم فى مسلم وكل ذميا ببيع خمر فباعها (وجه) قولهما ان البائع هو الموكل معنى لان حكم البيع يقع له والمحرم ممنوع عن تمليك الصيد وتملكه (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه أن البائع فى الحقيقة هو الوكيل لان بيعه كلامه القائم به حقيقة

ولهذا ترجع حقوق العقد اليه الا أن الموكل يقوم مقامه شرعا فى نفس الحكم مع اقتصار نفس التصرف على مباشرته حقيقة والمحرم من أهل ثبوت الملك له فى الصيد حكما لا يتملكه حقيقة ألا يرى انه يرثه وهذا لان المنع انما يكون عما للعبد فيه صنع ولا صنع له فيما يثبت حكما فلا يحتمل المنع ولو باع حلال حلالا صيدا ثم أحرم أحدهما قبل القبض يفسخ البيع لان الاحرام كما يمنع البيع والشراء يمنع التسليم والقبض لانه عقد من وجه على ماعرف فيلحق به فى حق الحرمة احتياطا ولو وكل حلال حلالا ببيع صيد فباعه ثم أحرم الموكل قبل قبض المشترى فعلى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله جاز البيع وعلى قياس قولهما يبطل لان الاحرام القائم لا يمنع من جواز التوكيل عنده فالطارئ لا يبطله وعندهما القائم يمنع فالطارئ يبطله حلالان تبايعا صيدا فى الحل وهما فى الحرم جاز عند أبى حنيفة وعند محمد لا يجوز (وجه) قول محمد ان كون الحرم مأمنا يمنع من التعرض للصيد سواء كان المتعرض فى الحرم أو الحل بعد ان كان المتعرض فى الحرم ألا ترى انه لا يحل للحلال الذى فى الحرم أن يرمى الى الصيد الذى فى الحل كما لا يحل له أن يرمى اليه اذا كان فى الحرم (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه ان كونه فى الحرم يمنع من التعرض لصيد الحل لكن حسا لا شرعا بدليل ان الحلال فى الحرم اذا أمر حلالا آخر بذبح صيد فى الحل جاز ولو ذبح حل أكله ومعلوم ان الامر بالذبح فى معنى التعرض للصيد فوق البيع والشراء فلما لم يمنع من ذلك فلأن لا يمنع من هذا أولى وهذا لان المنع من التعرض انما كان احتراما للحرم فكل ما فيه ترك احترامه يجب صيانة الحرم عنه وذلك بمباشرة سبب الايذاء فى الحرم ولم يوجد فى البيع والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يبيع لحم السبع لانه لا يباح الانتفاع به شرعا فلم يكن مالا وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه يجوز بيعه اذا ذبح لانه صار طاهرا بالذبح وأما جلد السبع والحمار والبغل فان كان مدبوغا أو مذبوحا يجوز بيعه لانه مباح الانتفاع به شرعا فكان مالا وان لم يكن مدبوغا ولا مذبوحا لا ينعقد بيعه لانه اذا لم يدبغ ولم يذبح بقيت رطوبات الميتة فيه فكان حكمه حكم الميتة ولا ينعقد بيع جلد الخنزير كيف ما كان لانه نجس العين بجميع أجزائه وقيل ان جلده لا يحتمل الدباغ وأما عظم الميتة وعصبها وشعرها وصوفها ووبرها وريشها وخفها وظلفها وحافرها فيجوز بيعها والانتفاع بها عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز بناء على أن هذه الاشياء طاهرة عندنا وعنده نجسة واحتج بقوله سبحانه وتعالى حرمت عليكم الميتة وهذه من أجزاء الميتة فتكون حراما فلا يجوز بيعها وقال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب (ولنا) قوله سبحانه وتعالى والله جعل لكم من بيوتكم سكنا الى قوله عز وجل ومن أصوافها وأوبارها الآية أخبر سبحانه وتعالى انه جعل هذه الاشياء لنا ومن علينا بذلك من غير فصل بين الذكية والميتة فيدل على تأكد الاباحة ولان حرمة الميتة ليست لموتها فان الموت موجود فى السمك والجراد وهما حلالان قال عليه الصلاة والسلام أحل لنا ميتتان ودمان بل لما فيها من الرطوبات السيالة والدماء النجسة لانجمادها بالموت ولهذا يطهر الجلد بالدباغ حتى يجوز بيعه لزوال الرطوبة عنه ولا رطوبة فى هذه الاشياء فلا تكون حراما ولا حجة له فى هذا الحديث لان الاهاب اسم لغير المدبوغ لغة والمراد من العصب حال الرطوبة يحمل عليه توفيقا بين الدلائل وأما عظم الخنزير وعصبه فلا يجوز بيعه لانه نجس العين وأما شعره فقد روى انه طاهر يجوز بيعه والصحيح انه نجس لا يجوز بيعه لانه جزء منه الا أنه رخص فى استعماله للخرازين للضرورة وأما عظم الآدمى وشعره فلا يجوز بيعه لا لنجاسته لانه طاهر فى الصحيح من الرواية لكن احتراما له والابتذال بالبيع يشعر بالاهانة وقد روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لعن الله الواصلة والمستوصلة وأما عظم الكلب وشعره فقد اختلف المشايخ فيه على الاصل الذى ذكرنا وروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله انه لا بأس ببيع عظم الفيل والانتفاع به وقال محمد رحمه الله عظم الفيل نجس لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به ذكره فى العيون ويجوز بيع كل ذى مخلب من الطير معلما كان أو غير معلم بلا خلاف وأما بيع كل ذى ناب من السباع سوى الخنزير كالكلب والفهد والاسد والنمر والذئب والهر ونحوها فجائز عند أصحابنا وعند الشافعى

رحمه الله لا يجوز ثم عندنا لا فرق بين المعلم وغير المعلم في رواية الاصل فيجوز بيعه كيف ما كان وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز بيع الكلب العقور احتج الشافعي رحمه الله بما روى عن النبي المكرم عليه الصلاة والسلام انه قال ومن السحت مهر البغي وثمن الكلب ولو جاز بيعه لما كان ثمنه سحتا ولأنه نجس العين فلا يجوز بيعه كالخنزير الا أنه رخص الانتفاع به بجهة الحراسة والأصطياد للحاجة والضرورة وهذا لا يدل على جواز البيع كما في شعر الخنزير (ولنا) ان الكلب مال فكان محلا للبيع كالصقر والبازي والدليل على انه مال انه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا ولا شك انه منتفع به حقيقة والدليل على انه مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق ان الانتفاع به بجهة الحراسة والاصطياد مطلق شرعا في الاحوال كلها فكان محلا للبيع لان البيع اذا صادف محلا منتفعا به حقيقة مباح الانتفاع به على الاطلاق مست الحاجة الى شرعه لان شرعه يقع سببا ووسيلة للاختصاص القاطع للمنازعة اذ الحاجة الى قطع المنازعة فيما يباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق لا فيما يجوز (وأما) الحديث فيحتمل انه كان في ابتداء الاسلام لانهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب فأمر بقتلها ونهى عن بيعها مبالغة في الزجر أو يحمل على هذا توفيقا بين الدلائل قوله انه نجس العين قلنا هذا ممنوع فانه يباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق اصطيادا وحراسة ونجس العين لا يباح الانتفاع به شرعا الا في حالة الضرورة كالخنزير ولا ينعقد بيع الخنزير من المسلم لانه ليس بمال في حق المسلمين فأما أهل الذمة فلا يمنعون من بيع الخمر والخنزير أما على قول بعض مشايخنا فلانه مباح الانتفاع به شرعا لهم كالخل وكالشاة لنا فكان مالا في حقهم فيجوز بيعه وروى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى عشاره بالشام أن ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها ولو لم يجز بيع الخمر منهم لما أمرهم بتوليتهم البيع وعن بعض مشايخنا حرمة الخمر والخنزير ثابتة على العموم في حق المسلم والكافر لان الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات هو الصحيح من مذهب أصحابنا فكانت الحرمة ثابتة في حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعها لانهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون ولو باع ذمي من ذمي خمرا أو خنزيرا ثم أسلما او أسلم أحدهما قبل القبض يفسخ البيع لانه بالاسلام حرم البيع والشراء فيحرم القبض والتسليم أيضا لانه يشبه الانشاء أو انشاء من وجه فيلحق به في باب الحرمات احتياطا وأصله قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين والامر بترك ما بقي من الربا هو النهي عن قبضته يؤيده قوله تعالى في آخر الآية الشريفة وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون واذا حرم القبض والتسليم لم يكن في بقاء العقد فائدة فيبطله القاضي كمن باع عبدا فأبق قبل القبض ولو كان اسلامهما أو اسلام أحدهما بعد القبض مضى البيع لان الملك قد ثبت على الكمال بالعقد والقبض في حالة الكفر وانما يوجد بعد الاسلام دوام الملك والاسلام لا ينافي ذلك فان من تخمر عصيره لا يؤمر بابطال ملكه فيها ولو أقرض الذمي ذميا خمرا ثم أسلم أحدهما فان أسلم المقرض سقطت الخمر ولا شئ له من قيمة الخمر على المستقرض أما سقوط قيمة الخمر فلان العجز عن قبض المثل جاء من قبله فلا شئ له وان أسلم المستقرض روى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله انه تسقط الخمر وليس عليه قيمة الخمر أيضا كما لو أسلم المقرض وروى محمد وزفر وعافية بن زياد القاضي عن أبي حنيفة رضي الله عنهم ان عليه قيمة الخمر وهو قول محمد رحمه الله (وجه) هذه الرواية ان امتناع التسليم من المستقرض انما جاء لمعنى من قبله وهو اسلامه فكانه استهلك عليه خمره والمسلم اذا استهلك خمر الذمي يضمن قيمته (وجه) رواية أبي يوسف رحمه الله انه لا سبيل الى تسليم المثل لانه يمنع منه ولا الى القيمة لان ذلك يوجب ملك المستقرض والاسلام يمنع منه والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القرد فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان (وجه) رواية عدم الجواز انه غير منتفع به شرعا فلا يكون مالا كالخنزير (وجه) رواية الجواز انه ان لم يكن منتفعا به بذاته يمكن الانتفاع بجلده والصحيح هو الاول لانه لا يشترى للانتفاع بجلده عادة بل للهو به وهو حرام فكان هذا بيع الحرام للحرام وانه لا يجوز ويجوز بيع الفيل

بالاجماع لانه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا ولا ينعقد بيع الحية والعقرب و جميع هوام الارض كالوزغة والضب والسلحفاة والقنفذ ونحو ذلك لانها محرمة الانتفاع بها شرعا لكونها من الخبائث فلم تكن أموالا فلم يجز بيعها وذكر في الفتاوى انه يجوز بيع الحية التي ينتفع بها للادوية وهذا غير سديد لان المحرم شرعا لا يجوز الانتفاع به للتداوي كالخمر والخنزير وقال النبي عليه الصلاة والسلام لم يجعل شفاؤكم فيما حرم عليكم فلا تقع الحاجة الى شرع البيع ولا ينعقد بيع شيء مما يكون في البحر كالضفدع والسرطان الا السمك ومايجوز الانتفاع بجلده أوعظمه لان مالا يجوز الانتفاع بجلده ولا به ولا بعظمه لا يكون مالا فلا يكون محلا للبيع وقد روي ان النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن الضفدع يجعل في دواء فنهى عنه وقال خبيثة من الخبائث وذكر أبو بكر الاسكاف رحمه الله انه لا يجوز وذكر في الفتاوى انه يجوز لان الناس ينتفعون به ولا ينعقد بيع النحل الا اذا كان في كوارته عسل فباع الكوارة بما فيها من العسل والنحل وروى هشام عن محمد انه يجوز بيعه منفردا من غير كوارته اذا كان مجموعا وهو قول الشافعي رحمه الله لان النحل حيوان منتفع به فيجوز بيعه (ولنا) انه ليس بمنتفع به فلم يكن مالا بنفسه بل بما يحدث منه وهو معدوم حتى لو باعه مع الكوارة وفيها عسل يجوز بيعه تبعا للعسل ويجوز ان لا يكون الشيء محلا للبيع بنفسه مفردا ويكون محلا للبيع مع غيره كالشرب وأنكر الكرخي رحمه الله هذا فقال انما يدخل فيه تبعا اذا كان من حقوقه كما في الشرب مع الارض وهذا ليس من حقوقه وعلى هذا بيع دود القز لا ينعقد الا اذا كان معه قز وروى محمد انه يجوز بيعه مفردا والحجج على نحو ما ذكرنا في النحل ولا ينعقد بيع بذر الدود عند أبي حنيفة رحمه الله كما لا ينعقد بيع الدود وعندهما يجوز بيعه (ووجه) الكلام فيه على نحو ما ذكرنا في بيع النحل والدود ويجوز بيع السرقين والبعر لانه مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا ولا ينعقد بيع العذرة الخالصة لانه لا يباح الانتفاع بها بحال فلا تكون مالا الا اذا كان مخلوطا بالتراب والتراب غالب فيجوز بيعه لانه يجوز الانتفاع به وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه قال كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه ونبين ذلك وما كان الغالب عليه الحرام لم يجز بيعه ولا هبته كالفأرة اذا وقعت في العجين والسمن المائع وكذلك قال محمد في الزيت اذا وقع فيه ودك الميتة انه ان كان الزيت غالبا يجوز بيعه وان كان الودك غالبا لا يجوز بيعه لان الحلال اذا كان هو الغالب يجوز الانتفاع به استصباحا ودبغا على ما ذكرنا في كتاب الطهارات فكان مالا فيجوز بيعه واذا كان الحرام هو الغالب لم يجز الانتفاع به بوجه فلم يكن مالا فلا يجوز بيعه ويجوز بيع آلات الملاهي من البربط والطبل والمزمار والدف ونحو ذلك عند أبي حنيفة لكنه يكره وعند أبي يوسف ومحمد لا ينعقد بيع هذه الاشياء لانها آلات معدة للتلهي بها موضوعة للفسق والفساد فلا تكون أموالا فلا يجوز بيعها ولابي حنيفة رحمه الله أنه يمكن الانتفاع بها شرعا من جهة أخرى بان تجعل ظروفا للاشياء ونحو ذلك من المصالح فلا تخرج عن كونها أموالا وقولهما انها آلات التلهي والفسق بها قلنا نعم لكن هذا لا يوجب سقوط ماليتها كالمغنيات والقيان وبدن الفاسق وحياته وماله وهذا لانها كما تصلح للتلهي تصلح لغيره على ماليتها بجهة اطلاق الانتفاع بها لا بجهة الحرمة ولو كسرها انسان ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمن وعلى هذا الخلاف بيع النرد والشطرنج والصحيح قول أبي حنيفة رضي الله عنه لان كل واحد منهما منتفع به شرعا من وجه آخر بان يجعل صنجات الميزان فكان مالا من هذا الوجه فكان محلا للبيع مضمونا بالاتلاف ويجوز بيع ماسوى الخمر من الاشربة المحرمة كالسكر ونقيع الزبيب والمنصف ونحوها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يجوز لانه اذا حرم شربها لم تكن مالا فلا تكون محلا للبيع كالخمر ولان ما حرم شربه لا يجوز بيعه لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وان الله تعالى اذا حرم شيأ حرم بيعه وأكل ثمنه ولابي حنيفة رحمه الله ان حرمة هذه الاشربة ما ثبتت بدليل متيقن مقطوع به لكونها محل الاجتهاد

والمالية قبل حدوث الشدة كانت ثابتة بيقين فلا تبطل بحرمة ثابتة بالاجتهاد فبقيت أموالا وبه تبين ان المراد من الحديث محرم ثبتت حرمته بدليل مقطوع به ولم يوجد ههنا بخلاف الخمر لان حرمتها ثبتت بدليل مقطوع به فبطلت ماليتها والله سبحانه وتعالى أعلم ولا ينعقد بيع الملاقيح والمضامين الذى ورد النهى عنه لان المضمون ما فى صلب الذكر والملقوح ما فى رحم الانثى وذلك ليس بمال وعلى هذا أيضا يخرج بيع عسب الفحل لان العسب هو الضرب وانه ليس بمال وقد يخرج على هذا بيع الحمل انه لا ينعقد لان الحمل ليس بمال ولا ينعقد بيع لبن المرأة فى قدح عندنا وقال الشافعى رحمه الله يجوز بيعه (وجه) قوله ان هذا مشروب طاهر فيجوز بيعه كلبن البهائم والماء (ولنا) ان اللبن ليس بمال فلا يجوز بيعه والدليل على انه ليس بمال اجماع الصحابة رضى الله عنهم والمعقول اما اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم فما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله تعالى عنهما انهما حكما فى ولد المغرور بالقيمة وبالعقر بمقابلة الوطء وما حكما بوجوب قيمة اللبن بالاستهلاك ولو كان مالا لحكما لان المستحق يستحق بدل اتلاف ماله بالاجماع ولكان ايجاب الضمان بمقابلته أولى من ايجاب الضمان بمقابلة منافع البضع لانها ليست بمال فكانت حاجة المستحق الى ضمان المال أولى وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليهما أحد فكان اجماعا (وأما) المعقول فهو لانه لا يباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق بل لضرورة تغذية الطفل وما كان حرام الانتفاع به شرعا الا لضرورة لا يكون مالا كالخمر والخنزير والدليل عليه ان الناس لا يعدونه مالا ولا يباع فى سوق ما من الاسواق دل انه ليس بمال فلا يجوز بيعه ولانه جزء من الآدمى والآدمى بجميع أجزائه محترم مكرم وليس من الكرامة والاحترام ابتذاله بالبيع والشراء ثم لا فرق بين لبن الحرة وبين لبن الامة فى ظاهر الرواية وعند أبى يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه جزء من آدمى هو مال فكان محلا للبيع كسائر أجزائه (ولنا) ان الآدمى لم يجعل محلا للبيع الا بحلول الرق فيه والرق لا يحل الا فى الحى واللبن لا حياة فيه فلا يحله الرق فلا يكون محلا للبيع سفل وعلو بين رجلين انهدما فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان الهواء ليس بمال ولو جمع بين ما هو مال وبين ما ليس بمال فى البيع بان جمع بين حر وعبد أو بين عصير وخمر أو بين ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة فان لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن لم ينعقد العقد أصلا بالاجماع وان بين فكذلك عند أبى حنيفة وعندهما يجوز فى العصير والعبد والذكية ويبطل فى الحر والخمر والميتة ولو جمع بين قن ومدبر أو أم ولد ومكاتب أو بين عبده وعبد غيره وباعهما صفقة واحدة جاز البيع فى عبده بلا خلاف (وجه) قولهما ان الفساد بقدر المفسد لان الحكم يثبت بقدر العلة والمفسد خص أحدهما فلا يتعمم الحكم مع خصوص العلة فلو جاء الفساد انما يجىء من قبل جهالة الثمن فاذا بين حصة كل واحد منهما من الثمن فقد زال هذا المعنى أيضا ولهذا جاز بيع القن اذا جمع بينه وبين المدبر أو المكاتب أو أم الولد وباعهما صفقة واحدة كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الصفقة واحدة وقد فسدت فى أحدهما فلا تصح فى الآخر والدليل على ان الصفقة واحدة ان لفظ البيع والشراء لم يتكرر والبائع واحد والمشترى واحد وتفريق الثمن وهو التسمية لكل واحد منهما لا يمنع اتحاد الصفقة دل ان الصفقة واحدة وقد فسدت فى أحدهما بيقين لخروج الحر والخمر والميتة عن محلية البيع بيقين فلا يصح فى الآخر لاستحالة كون الصفقة الواحدة صحيحة وفاسدة ولهذا لم يصح اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فكذا اذا سمى لان التسمية وتفريق الثمن لا يوجب تعدد الصفقة لاتحاد البيع والعاقدين بخلاف الجمع بين العبد والمدبر لان هناك الصفقة ما فسدت فى أحدهما بيقين بل بالاجتهاد الذى يحتمل الصواب والخطأ فاعتبر هذا الاحتمال فى تصحيح الاضافة الى المدبر ليظهر فى حق القن ان لم يمكن اظهاره فى حقه ولانه لما جمع بينهما فى الصفقة فقد جعل قبول العقد فى أحدهما شرط القبول فى الآخر بدليل انه لو قبل العقد فى أحدهما دون الآخر لا يصح والحر لا يحتمل قبول العقد فيه فلا يصح القبول فى الآخر بخلاف المدبر لانه محل لقبول العقد فيه فى الجملة فصح قبول العقد فيه الا انه تعذر اظهاره فيه بنوع اجتهاد فيجب اظهاره فى القن ولان فى تصحيح العقد فى

أحدهما تفريق الصفقة على البائع قبل التمام لانه أوجب البيع فيهما فالقبول فى أحدهما يكون تفريقا وهذا لايجوز بخلاف ما اذا جمع بين القن والمدبر لان المدبر محل لقبول البيع فيه لكونه مملوكا له الا انه لم ينفذ للحال مع احتمال النفاذ فى الجملة بقضاء القاضى لحق المدبر وهذا يمنع محلية القبول فى حق نفسه لا فى صاحبه فيجعل محلا فى حق صاحبه والدليل على التفرقة بين الفصلين ان الحكم ههنا يختلف بين ان يسمى لكل واحد منهما ثمنا أولا يسمى وهناك لايختلف دل ان الفرق بينهما لما ذكرنا وعلى هذا الخلاف اذا جمع بين شاة ذكية و بين متروك التسمية عمدا ثم اذا اجاز البيع فى أحدهما عندهما فهل يثبت الخيار فيه ان علم بالحرام يثبت لان الصفقة تفرقت عليه وان لم يعلم لالانه رضى بالتفريق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون مملوكا لان البيع تمليك فلا ينعقد فيما ليس بمملوك كمن باع الكلأ فى أرض مملوكة والماء الذى فى نهره أوفى بئره لان الكلأ وان كان فى أرض مملوكة فهو مباح وكذلك الماء ما لم يوجد الاحراز قال النبي صلى الله عليه وسلم الناس شركاء فى ثلاث والشركة العامة هى الاباحة وسواء خرج الكلأ بماء السماء من غير مؤنة أو ساق الماء الى أرض ولحقه مؤنة لان سوق الماء اليه ليس باحراز فلم يوجد سبب الملك فيه فبقى مباحا كما كان وكذا بيع الكمأة و بيع صيد لم يوجد فى أرضه لا ينعقد لانه مباح غير مملوك لانعدام سبب الملك فيه وكذا بيع الحطب والحشيش والصيود التى فى البرارى والطير الذى لم يصد فى الهواء والسمك الذى لم يوجد فى الماء وعلى هذا يخرج بيع رباع مكة واجارتها انه لايجوز عند أبى حنيفة رضى الله عنه وروى عنه أنه يجوز و به أخذ الشافعى رحمه الله لعمومات البيع من غير فصل بين أرض الحرم وغيرها ولان الاصل فى الاراضى كلها أن تكون محلا للتمليك الا أنه امتنع تملك بعضها شرعا لعارض الوقف كالمساجد ونحوها ولم يوجد فى الحرم فبقى محلا للتمليك (ولنا) ماروى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال ان الله تبارك وتعالى حرم مكة يوم خلقها لم تحل لاحد قبلى ولا تحل لاحد بعدى وانما أحلت لى ساعة من نهار لايختلى خلاها ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا يحتش حشيشها أخبر عليه الصلاة والسلام أن مكة حرام وهى اسم للبقعة والحرام لا يكون محلا للتمليك وروى عن عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال مكة حرام و بيع رباعها حرام وهذا نص فى الباب ولان الله تبارك وتعالى وضع للحرم حرمة وفضيلة ولذلك جعله سبحانه وتعالى مأمنا قال الله تبارك وتعالى جل شأنه أولم يروا أنا جعلنا حرما آمنا فابتذاله بالبيع والشراء والتمليك والتملك امتهان وهذا لايجوز بخلاف سائر الاراضى وقيل ان بقعة مكة وقف حرم سيدنا ابراهيم عليه الصلاة والسلام ولا حجة فى العمومات لانه خص منها الحرم بالحديث المشهور و يجوز بيع بناء بيوت مكة لان الحرم للبقعة لا للبناء وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه قال كره اجارة بيوت مكة فى الموسم من الحاج والمعتمر فاما من المقيم والمجاور فلا بأس بذلك وهو قول محمد رحمه الله و يجوز بيع أراضى الخراج والقطيعة والمزارعة والاجارة والاكارة والمراد من الخراج أرض سواد العراق التى فتحها سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه لانه من عليهم وأقرهم على أراضيهم فكانت مبقاة على ملكهم فجاز لهم بيعها وأرض القطيعة هى الارض التى قطعها الامام لقوم وخصهم بها فملكوها بجعل الامام لهم فيجوز بيعها وأرض المزارعة أن يدفع الانسان أرضه الى من يزرعها و يقوم بها و بهذا لا تخرج عن كونها مملوكة وأرض الاجارة هى الارض التى يأخذها الانسان من صاحبها ليعمرها و يزرعها وأرض الاكارة التى فى أيدى الاكرة فيجوز بيع هذه الارض لانها مملوكة لأصحابها وأما أرض الموات التى أحياها رجل بغير اذن الامام فلا يجوز بيعها عند أبى حنيفة رضى الله عنه لانها لاتملك بدون اذن الامام وعندهما يجوز بيعها لانها تملك بنفس الاحياء والمسئلة تذكر فى كتاب احياء الموات وذكر القدورى رحمه الله أنه لايجوز بيع دور بغداد وحوانيت السوق التى للسلطان عليها غلة لانها ليست بمملوكة لما روى أن المنصور أذن للناس فى بنائها ولم يجعل البقعة ملكا لهم والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) وهو شرط انعقاد البيع للبائع أن يكون مملوكا للبائع عند

البيع

البيع فان لم يكن لا ينعقد وان ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه الا السلم خاصة وهذا بيع ما ليس عنده ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ولو باع المغصوب فضمنه المالك قيمته نفذ بيعه لان سبب الملك قد تقدم فتبين أنه باع ملك نفسه وههنا تأخر سبب الملك فيكون بائعا ما ليس عنده فدخل تحت النهي والمراد منه بيع ما ليس عنده ملكا لان قصة الحديث تدل عليه فانه روى أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها و يأخذ الثمن منهم ثم يدخل السوق فيشتري و يسلم اليهم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا تبع ما ليس عندك ولان بيع ما ليس عنده بطريق الاصالة عن نفسه تمليك ما لا يملكه بطريق الاصالة وأنه محال وهو الشرط فيما يبيعه بطريق الاصالة عن نفسه فاما ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره ينظر ان كان البائع وكيلا وكفيلا فيكون المبيع مملوكا للبائع ليس بشرط وان كان فضوليا فليس بشرط للانعقاد عندنا بل هو من شرائط النفاذ فان بيع الفضولي عندنا منعقد موقوف على اجازة المالك فان أجاز نفذ وان رد بطل وعند الشافعي رحمه الله هو شرط الانعقاد لا ينعقد بدونه و بيع الفضولي باطل عنده وسيأتي ان شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون مقدور التسليم عند العقد فان كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وان كان مملوكا له كبيع الآبق في جواب ظاهر الروايات حتى لو ظهر يحتاج الى تجديد الايجاب والقبول الا اذا تراضيا فيكون بيعا مبتدأ بالتعاطي فان لم يتراضيا وامتنع البائع من التسليم لا يجبر على على التسليم ولو سلم وامتنع المشتري من القبض لا يجبر على القبض وذكر الكرخي رحمه الله أنه ينعقد بيع الآبق حتى لو ظهر وسلم يجوز ولا يحتاج الى تجديد البيع الا اذا كان القاضي فسخه بان رفعه المشتري الى القاضي فطالبه بالتسليم وعجز عن التسليم ففسخ القاضي البيع بينهما ثم ظهر العبد وجه قول الكرخي رحمه الله ان الاباق لا يوجب زوال الملك الا ترى أنه لو اعتقه أو دبره ينفذ ولو وهبه من ولده الصغير يجوز وكان ملكا له فقد باع مالا مملوكا له الا أنه لم ينفذ للحال للعجز عن التسليم فان سلم زال المانع فينفذ وصار كبيع المغصوب الذي في يد الغاصب اذا باعه المالك لغيره أنه ينعقد موقوفا على التسليم لما قلنا كذا هذا وجه ظاهر الروايات أن القدرة على التسليم لذا العاقد شرط انعقاد العقد لانه لا ينعقد الا لفائدة ولا يفيد اذا لم يكن قادرا على التسليم والعجز عن التسليم ثابت حالة العقد وفي حصول القدرة بعد ذلك شك واحتمال قد يحصل وقد لا يحصل وما لم يكن منعقدا بيقين لا ينعقد لفائدة تحتمل الوجود والعدم على الاصل المعهود ان ما لم يكن ثابتا بيقين أنه لا يثبت بالشك والاحتمال بخلاف ما اذا أبق بعد البيع قبل القبض أنه لا ينفسخ لان القدرة على التسليم كانت ثابتة لذا العقد فانعقد ثم زالت على وجه يحتمل عودها فيقع الشك في زوال المنعقد بيقين والثابت باليقين لا يزول بالشك فهو الفرق بخلاف بيع المغصوب من غير الغاصب أنه ينعقد موقوفا على التسليم حتى لو سلم ينفذ ولان هناك المالك قادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين الا أنه لم ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورة فاذا سلم زال المانع فينفذ بخلاف الآبق لانه معجوز التسليم على الاطلاق اذ لا تصل اليه يد أحد لما أنه لا يعرف مكانه فكان العجز متقررا والقدرة محتملة موهومة فلا ينعقد مع الاحتمال فاشبه بيع الآبق بيع الطير الذي لم يوجد في الهواء و بيع السمك الذي لم يوجد في الماء وذلك باطل كذا هذا ولو جاء انسان الى مولى العبد فقال ان عبدك عند فلان فبعه مني وأنا أقبضه منه فصدقه و باعه منه لا ينفذ لما فيه من عذر القدرة على القبض لكنه ينعقد حتى لو قبضه ينفذ بخلاف الفصل المتقدم لان القدرة على القبض ههنا ثابتة في زعم المشتري الا أن احتمال المنع قائم فانعقد موقوفا على قبضه فاذا قبضه تحقق مازعمه فينفذ بخلاف الفصل الاول لان العجز عن التسليم للحال متحقق فيمنع الانعقاد ولو أخذه رجل فجاء الى مولاه فاشتراه منه جاز الشراء لان المانع هو العجز عن التسليم ولم يوجد في حقه وهذا البيع لا يدخل تحت النهي لان النهي عن بيع الآبق وهذا ليس بآبق في حقه ثم اذا اشترى منه لا يخلو اما ان احضر العبد مع نفسه واما ان لم يحضره فان احضره صار قابضا له عقيب العقد بلا فصل وان لم يحضره مع نفسه ينظر ان كان أخذه ليرده على صاحبه وأشهد على ذلك لا يصير قابضا له ما لم يصل اليه لان قبضه قبض أمانة وقبض الامانة

لا ينوب عن قبض الضمان فلا بد من التجديد بالوصول اليه حتى لو هلك العبد قبل الوصول يهلك على البائع و يبطل العقد لانه مبيع هلك قبل القبض واذا وصل اليه صار قابضاً له بنفس الوصول ولا يشترط القبض بالبراجم لان معنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفا وعادة حقيقة وان كان أخذه لنفسه لا ليرده على صاحبه صار قابضاً له عقيب العقد بلا فصل حتى لو هلك قبل الوصول اليه يهلك على المشترى لان قبضه قبض ضمان وقبض الشراء أيضاً قبض الضمان فتجانس القبضان فتناوبا ولو كان أخذه ليرده ولكنه لم يشهد على ذلك فهو على الاختلاف المعروف بين أبى حنيفة وصاحبيه عند أبى حنيفة عليه الرحمة يصير قابضاً له عقيب العقد لان هذا قبض ضمان عنده وعندهما لا يصير قابضاً الا بعد الوصول اليه لان هذا قبض أمانة عندهما وهى من مسائل كتاب الاباق واللقطة وعلى هذا بيع الطائر الذى كان فى يده وطار أنه لا ينعقد فى ظاهر الرواية وعلى قياس ما ذكره الشافعى رحمه الله ينعقد وعلى هذا بيع السمكة التى أخذها ثم ألقاها فى حظيرة سواء استطاع الخروج عنها أولا بعد ان كان لا يمكنه أخذها بدون الاصطياد وان كان يمكنه أخذها من غير اصطياد يجوز بيعها بلا خلاف لانه مقدور التسليم كذا البيع وعلى هذا يخرج بيع اللبن فى الضرع لان اللبن لا يجتمع فى الضرع دفعة واحدة بل شيأ فشيأ فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينهما فكان المبيع معجوز التسليم عند البيع فلا ينعقد وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم فى ظاهر الرواية لانه ينمو ساعة فساعة فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التميز بينهما فصار معجوز التسليم بالجز والنتف استخراج أصله وهو غير مستحق بالعقد وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبى عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وروى عن أبى يوسف انه جوز بيعه والصلح عليه لانه يجوز جزه قبل الذبح فيجوز بيعه كبيع القصيل فى الارض (ووجه) الفرق بين القصيل والصوف لظاهر الرواية ان الصوف لا يمكن جزه من أصله من غير ضرر يلحق الشاة بخلاف القصيل ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين لان الدين اما أن يكون عبارة عن مال حكمى فى الذمة واما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه وكل ذلك غير مقدور التسليم فى حق البائع ولو شرط التسليم على المديون لا يصح أيضاً لانه شرط التسليم على غير البائع فيكون شرطا فاسداً فيفسد البيع ويجوز بيعه ممن عليه لان المانع هو العجز عن التسليم ولا حاجة الى التسليم ههنا ونظير بيع المغصوب انه يصح من الغاصب ولا يصح من غيره اذا كان الغاصب منكرا ولا بينة للمالك ولا يجوز بيع المسلم فيه لان المسلم فيه مبيع ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض وهل يجوز بيع الجمد فنقول لا خلاف فى أنه اذا سلم الجمدة أولا الى المشترى انه يجوز اما اذا باع ثم سلم قال بعض مشايخنا لا يجوز لانه الى أن يسلم بعضه يذوب فلا يقدر على تسليم جميعه الى المشترى وقال بعضهم يجوز وقال الفقيه أبو جعفر الهندوانى رحمه الله اذا باعه وسلمه من يومه ذلك يجوز وان سلمه بعد أيام لا يجوز وبه أخذ الفقيه أبو الليث عليه الرحمة لانه فى اليوم لا ينقص نقصانا له حصة من الثمن (وأما) الذى يرجع الى النفاذ فنوعان أحدهما الملك او الولاية أما الملك فهو أن يكون المبيع مملوكا للبائع فلا ينفذ بيع الفضولى لانعدام الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفا على اجازة المالك وعند الشافعى رحمه الله هو شرط الانعقاد أيضا حتى لا ينعقد بدونه وأصل هذا ان تصرفات الفضولى التى لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على اجازة المجيز من البيع والاجارة والنكاح والطلاق ونحوها فان أجاز ينفذ والا فيبطل وعند الشافعى رحمه الله تصرفاته باطلة (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان صحة التصرفات الشرعية بالملك أو بالولاية ولم يوجد أحدهما فلا تصح وهذا لان صحة التصرف الشرعى هو اعتباره فى حق الحكم الذى وضع له شرعا لا يعقل للصحة معنى سوى هذا (فأما) الكلام الذى لا حكم له لا يكون صحيحا شرعا والحكم الذى وضع له البيع شرعا وهو الملك لا يثبت حال وجوده لعدم شرطه وهو الملك أو الولاية فلم يصح ولهذا لم يصح شراؤه فكذا بيعه (ولنا) عمومات البيع من نحو قوله تبارك وتعالى وأحل البيع وقوله عز شأنه يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض عنكم

وقوله سبحانه وتعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله شرع سبحانه وتعالى البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل من غير فصل بين ما اذا وجد من المالك بطريق الاصالة و بين ما اذا وجد من الوكيل فى الابتداء أو بين ما اذا وجدت الاجازة من المالك فى الانتهاء و بين وجود الرضا فى التجارة عند العقد أو بعده فيجب العمل باطلاقها الا ما خص بدليل وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه دفع دينارا الى حكيم بن حزام رضى الله عنه وأمره أن يشترى له أضحية فاشترى شاتين ثم باع احداهما بدينار وجاء بدينار وشاة الى النبى عليه الصلاة والسلام فدعا له بالبركة وقال عليه الصلاة والسلام بارك الله فى صفقة يمينك ومعلوم انه لم يكن حكيم مأمورا ببيع الشاة فلو لم ينعقد تصرفه لما باع ولما دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والبركة على ما فعل ولا نكر عليه لان الباطل ينكر ولان تصرف العاقل محمول على الوجه الاحسن ما أمكن وقد أمكن حمله على الاحسن ههنا وقد قصد البر به والاحسان اليه بالاعانة على ما هو خير للمالك فى زعمه لعلمه بحاجته الى ذلك لكن لم يتبين الى هذه الحالة لموانع وقد يغلب على ظنه زوال المانع فاقدم عليه نظر الصديقه واحسانا اليه لبيان المحمدة والثناء لتحمل مؤنة مباشرة التصرف الذى هو محتاج اليه والثواب من الله عز وجل بالاعانة على البر والاحسان قال الله تبارك وتعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال تعالى جل شأنه وأحسنوا ان الله يحب المحسنين الا أن فى هذه التصرفات ضررا فى الجملة لان للناس رغائب فى الاعيان وقد يقدم الرجل على شئ ظهرت له الحاجة عنه بازالته عن ملكه لحصول غرضه بدون ذلك ونحو ذلك فيتوقف على اجازة المالك حتى لو كان الامر على ما ظنه مباشر التصرف اجازه وحصل له النفع من جهته فينال الثواب والثناء والا فلا يجيزه و يثنى عليه بقصد الاحسان وايصال النفع اليه فلا يجوز القول باهدار هذا التصرف والحاق كلامه وقصده بكلام المجانين وقصدهم مع ندب الله عز وجل الى ذلك وحثه عليه لما تلونا من الآيات وقوله صحة التصرف عبارة عن اعتباره فى حق الحكم قلنا نعم وعندنا هذا التصرف مفيد فى الجملة وهو ثبوت الملك فيما يتضرر المالك بزواله موقوفا على الاجازة اما من كل وجه أو من وجه لكن لا يظهر شئ من ذلك عند العقد وانما يظهر عند الاجازة وهو تفسير التوقف عندنا أن يتوقف فى الجواب فى الحال انه صحيح فى حق الحكم أم لا ولا يقطع القول به للحال ولكن يقطع القول بصحته عند الاجازة وهذا جائز وله نظائر فى الشرع وهو البيع بشرط الخيار للبائع أو المشترى على ما عرف (وأما) شراء الفضولى ففيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى فى موضعه ثم الاجازة انما تلحق تصرف الفضولى عندنا بشرائط (منها) أن يكون له مجيز عند وجوده فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الاجازة لان ما له مجيز متصور منه الاذن للحال وبعد وجود التصرف فكان الانعقاد عند الاذن القائم مفيدا فينعقد وما لا مجيز له لا يتصور الاذن به للحال والاذن فى المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث فان حدث كان الانعقاد مفيدا وان لم يحدث لم يكن مفيدا فلا ينعقد مع الشك فى حصول الفائدة على الاصل المعهود ان ما لم يكن ثابتا بيقين لا يثبت مع الشك واذا لم ينعقد لا تلحقه الاجازة لان الاجازة للمنعقد وعلى هذا يخرج ما اذا طلق الفضولى امرأة البالغ أو أعتق عبده أو وهب ماله أو تصدق به انه ينعقد موقوفا على الاجازة لان البالغ يملك هذه التصرفات بنفسه فكان لها مجيز حال وجودها فيتوقف على اجازة المالك و بمثله لو فعل ذلك على الصبى لا ينعقد لان الصبى ليس من أهل هذه التصرفات بنفسه ألا ترى لو فعل ذلك بنفسه لا تنعقد فلم يكن لها مجيز حال وجودها فلم تنعقد وكذلك الصبى المحجور عليه اذا باع مال نفسه أو اشترى أو تزوج امرأة أو زوج أمته أو كاتب عبده أو فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه يتوقف على اجازة وليه ما دام صغيرا أو على اجازته بنفسه بعد البلوغ ان لم يوجد من وليه فى حال صغره حتى لو بلغ الصبى قبل اجازة الولى فأجاز بنفسه جاز ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير اجازة لان هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها ألا ترى انه لو فعلها وليه جازت فاحتمل التوقف على الاجازة وانما يتوقف على اجازته بنفسه أيضا بعد البلوغ كما يتوقف على اجازة وليه فى حال صغره لانه لما بلغ فقد ملك الانشاء فأولى أن يملك الاجازة ولان ولايته على نفسه فوق ولاية وليه عليه فى حال صغره فلما

جاز باجازة وليه فلأن يجوز باجازة نفسه أولى ولا يجوز بمجرد البلوغ لان الاجازة لها حكم الانشاء من وجه وانه فعل فاعل مختار والبلوغ ليس صنعه فلا يعقل اجازة وكذا اذا وكل الصبي وكيلا بهذه التصرفات ففعل الوكيل قبل بلوغ الصبي أو بعده توقف على اجازته بعد البلوغ الا التوكيل بالشراء فانه لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل لان الشراء وجد نفاذا على الوكيل فلا يتوقف الا اذا بلغ الصبي قبل أن يشتري الوكيل فأجاز التوكيل ثم اشترى الوكيل بعد ذلك فيكون الشراء للصبي لا للوكيل لان اجازة الوكالة منه بعد البلوغ بمنزلة انشاء التوكيل ولو وكله ابتداء لكان الشراء له لا للوكيل كذا هذا و بمثله اذا طلق الصبي امرأته أو خالعها أو أعتق عبده على غير مال أو على مال أو وهب ماله أو تصدق به أو زوج عبده امرأة أو باع ماله بمحاباة أو اشترى شيأ بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس في مثله عادة أو غير ذلك من التصرفات مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه لا ينعقد حتى لو أجاز وليه أو الصبي بعد البلوغ لا يصح لان هذه التصرفات ليس لها مجيز حال وجودها فلا تحتمل التوقف على الاجازة الا اذا أجازه الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للانشاء بأن يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق أو ذلك العتاق فيجوز و يكون ذلك انشاء الاجازة ولو وكل الصبي وكيلا بهذه التصرفات ففعل الوكيل ينظر ان فعل قبل البلوغ لا يتوقف وهو باطل لان فعل الوكيل كفعل الموكل ولو فعل الصبي بنفسه لا يتوقف فكذا اذا فعله الوكيل وان فعل بعد البلوغ يتوقف على اجازته بمنزلة الفضولي على البائع وان بلغ الصبي فأجاز التوكيل بعد البلوغ قبل أن يفعل الوكيل شيأ ثم فعل جاز لان اجازة التوكيل منه بمنزلة انشائه وكذا وصية الصبي لا تنعقد لانها تصرف لا مجيز له حال وجوده ألا ترى انه لو فعل الولي لا يجوز عليه فلا يتوقف وسواء أطلق الوصية أو أضافها الى حال البلوغ لما قلنا حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده لا تجوز وصيته الا اذا بلغ وأجاز تلك الوصية بعد البلوغ فتجوز لان الاجازة منه بمنزلة انشاء الوصية ولو أنشأ الوصية بعد البلوغ صح كذا هذا وعلى هذا تصرف المكاتب والعبد المأذون ان ماله مجيز حال وجوده يتوقف على اجازة المولى وما لا مجيز له حالة وجوده يبطل ولا يتوقف لما ذكرنا من الفقه الا أن بين المكاتب والعبد المأذون والصبي فرقا من وجه وهو ان المكاتب أو المأذون اذا فعل ما يتوقف على الاجازة بان زوج نفسه امرأة ثم عتق ينفذ بنفس الاعتاق وفي الصبي لا ينفذ بنفس البلوغ ما لم توجد الاجازة (ووجه) الفرق أن العبد بعد الاذن يتصرف بمالكية نفسه على ما عرف فكان ينبغي أن ينفذ للحال الا أنه توقف لحق المولى فاذا عتق فقد زال المانع فنفذ بخلاف الصبي فان في أهليته قصورا لقصور عقله فانعقد موقوفا على الاجازة والبلوغ ليس باجازة على ما مر (وأما) حكم شراء الفضولي فجملة الكلام فيه أن الفضولي اذا اشترى شيأ لغيره فلا يخلو اما ان اضاف العقد الى نفسه واما ان أضافه الى الذي اشترى له فان أضافه الى نفسه كان المشترى له سواء وجدت الاجازة من الذي اشترى له أو لم توجد لان الشراء اذا وجد نفاذا على العاقد نفذ عليه ولا يتوقف لان الاصل أن يكون تصرف الانسان لنفسه لا لغيره قال الله تعالى عز من قائل لها ما كسبت وقال عز من قائل وأن ليس للانسان الا ما سعى وشراء الفضولي كسبه حقيقة فالاصل أن يكون له الا اذا جعله لغيره أو لم يجد نفاذا عليه لعدم الاهلية فيتوقف على اجازة الذي اشترى له بان كان الفضولي صبيا محجورا أو عبدا محجورا فاشترى لغيره يتوقف على اجازة ذلك الغير لان الشراء لم يجد نفاذا عليه فيتوقف على اجازة الذي اشترى له ضرورة فان أجاز نفذ وكانت العهدة عليه لا عليهما لانهما ليسا من أهل لزوم العهدة وان أضاف العقد الى الذي اشترى له بان قال الفضولي للبائع بع عبدك هذا من فلان بكذا فقال بعت وقبل الفضولي البيع فيه لاجل فلان أو قال البائع بعت هذا العبد من فلان بكذا وقبل المشتري الشراء منه لاجل فلان فانه يتوقف على اجازة المشرى له لان تصرف الانسان وان كان له على اعتبار الاصل الا أن له أن يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك وههنا جعله لغيره فينعقد موقوفا على اجازته ولو قال الفضولي للبائع اشتريت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان فقال بعت أو قال البائع للفضولي بعت منك هذا العبد بكذا لفلان فقال اشتريت لا يتوقف و ينفذ الشراء عليه لانه لم توجد الاضافة الى فلان

في الايجاب والقبول وانما وجدت في أحدهما وأحدهما شطر العقد فلا يتوقف لما ذكرنا ان الاصل أن لا يتوقف وانما توقف لضرورة الاضافة من الجانبين فاذا لم يوجد يجب العمل بالاصل وهذا بخلاف الوكيل بالشراء انه اذا اشترى شيأ يقع شراؤه للموكل وان أضاف العقد الى نفسه لا الى الموكل لانه لما أمره بالشراء فقد أنابه مناب نفسه فكان تصرف الوكيل كتصرفه بنفسه ولو اشترى بنفسه كان المشترى له كذا هذا والله تعالى أعلم ولو اشترى الفضولي شيأ لغيره ولم يضف المشترى الى غيره حتى لو كان الشراء له فظن المشترى والمشترى له ان المشترى يكون للمشترى له فسلم اليه بعد القبض بالثمن الذي اشتراه به وقبل المشترى له صح ذلك ويجعل ذلك تولية كانه ولاه منه بما اشترى ولو علم المشترى بعد ذلك ان الشراء نفذ عليه والمشترى له فأراد أن يسترد من صاحبه بغير رضاه لم يكن له ذلك لان التولية منه قد صحت فلا يملك الرجوع كمن اشترى منقولا فطلب جاره الشفعة فظن المشترى ان له شفعة فسلم اليه ثم أراد أحدهما أن ينقض ذلك من غير رضا الآخر لم يكن له ذلك لانه لما سلم اليه صار ذلك بيعا بينهما ولو اختلفا فقال المشترى له كنت أمرتك بالشراء وقال المشترى اشتريته لك بغير أمرك فالقول قول المشترى له لان المشترى لما قال اشتريته لك كان ذلك اقرارا منه بانه اشتراه بأمره لان الشراء له لا يكون الا بأمره عادة فكان القول قوله ثم ان أخذه بقضاء القاضي لا يحل له ذلك الا اذا كان صادقا في كلامه فيما بينه وبين الله جل شأنه وان أخذه بغير قضاء طاب له لانه أخذه برضاه فصار ذلك بيعا منهما بتراضيهما (ومنها) قيام البائع والمشترى حتى لو هلك أحدهما قبل الاجازة من المالك لا تلحقه الاجازة (ومنها) قيام المالك حتى لو هلك المالك قبل اجازته لا يجوز باجازة ورثته (ومنها) قيام المبيع حتى لو هلك قبل اجازة المالك لا يجوز باجازة المالك غير أنه ان هلك في يد المالك يهلك بغير شئ وان هلك بعد التسليم الى المشترى فالمالك بالخيار ان شاء ضمن البائع وان شاء ضمن المشترى لوجود سبب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم من البائع والقبض من المشترى لان تسليم مال الغير وقبضه بغير اذن صاحبه كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان وأيهما اختار تضمينه برئ الآخر ولا سبيل عليه بحال لانه لما ضمن احدهما فقد ملك المضمون فلا يملك تمليكه من غيره لما فيه من الاستحالة وهو تمليك شئ واحد في زمان واحد من اثنين على الكمال فان اختار تضمين المشترى رجع المشترى بالثمن على البائع وبطل البيع وليس له أن يرجع عليه بما ضمن كما في المشترى من الغاصب وان اختار تضمين البائع ذكر الطحاوى رحمه الله أنه ينظر ان كان قبض البائع قبض ضمان بان كان مغصوبا في يده نفذ بيعه لانه لما ضمنه فقد ملك المغصوب من وقت الغصب فتبين انه باع ملك نفسه فينفذ وان كان قبضه قبض امانة بان كان وديعة عنده فباعه وسلمه الى المشترى لا ينفذ بيعه لان الضمان انما وجب عليه بسبب متأخر عن البيع وهو التسليم فيملك المضمون من ذلك الوقت لا من وقت البيع فيكون بائعا مال غيره بغير اذنه فلا ينفذ وذكر محمد رحمه الله في ظاهر الرواية وقال يجوز البيع بتضمين البائع قيل هذا محمول على ما اذا سلمه البائع أولا ثم باعه لانه اذا سلمه أولا فقد صار مضمونا عليه بالتسليم فتقدم سبب الضمان البيع فتبين انه باع مال نفسه فينفذ ثم ان كان قيام الاربعة التي ذكرنا شرط لحوق الاجازة لان الاجازة انما تلحق القيام وقيام العقد بهذه الاربعة ولان الاجازة لها حكم الانشاء من وجه ولا يتحقق الانشاء بدون العاقدين والمعقود عليه لذلك كان قيامها شرطا للحوق الاجازة فان وجد صحت الاجازة وصار البائع بمنزلة الوكيل اذ الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ويكون الثمن للمالك ان كان قائما لانه بدل ملكه وان هلك في يد البائع يهلك امانة كما اذا كان وكيلا في الابتداء وهلك الثمن في يده ولو فسخه البائع قبل الاجازة انفسخ واسترد المبيع ان كان قد سلم ويرجع المشترى بالثمن على البائع ان كان قد نقده وكذا اذا فسخه المشترى ينفسخ وكذا اذا فسخه الفضولي فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع والنكاح فان الفضولي من جانب الرجل في باب النكاح اذا زوجت المرأة نفسها لا يملك الفسخ عنده (ووجه) الفرق له ان البيع الموقوف لو اتصلت به الاجازة فالحقوق ترجع الى العاقد فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه فله ذلك بخلاف

النكاح لان الحقوق فى باب النكاح لا ترجع الى العاقد بل هو سفير ومعبر فاذا فرغ عن السفارة والعبارة التحق بالاجانب وأما قيام الثمن فى يد البائع هل هو شرط لصحة الاجازة أم لا فالامر لا يخلو اما ان كان الثمن دينا كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة والموزون الموصوف والمكيل الموصوف فى الذمة واما ان كان عينا كالعروض فان كان دينا فقيامه فى يد البائع ليس بشرط للحوق الاجازة لان الدين لا يتعين بالتعيين فكان قيامه بقيام الذمة وان كان عينا فقيامه شرط للحوق الاجازة فصار الحاصل ان قيام الاربعة شرط صحة الاجازة اذا كان الثمن دينا واذا كان عينا فقيام الخمس شرط فان وجدت الاجازة عند قيام الخمس جاز ويكون الثمن للبائع لا للمالك لان الثمن اذا كان عينا كان البائع مشتريا من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة بل ينفذ على المشترى اذا وجد نفاذا عليه بان كان أهلا وهو أهل والمالك يرجع عليه بقيمة ماله ان لم يكن له مثل و بمثله ان كان له مثل لانه عقد لنفسه ونقد الثمن من مال غيره فيتوقف النقد على الاجازة فاذا اجازه مالكه بعد النقد فيرجع عليه بمثله أو بقيمته بخلاف ما اذا كان الثمن دينا لانه اذا كان دينا كان العاقد بائعا من كل وجه ولا يكون مشتريا لنفسه أصلا فتوقف على اجازة المالك فاذا أجاز كان مجيزا للعقد فكان بدله له ولو هلكت العين فى يد الفضولى بطل العقد ولا تلحقه الاجازة ويرد المبيع الى صاحبه ويضمن المشترى مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل لانه قبضه بعقد فاسد ولو تصرف الفضولى فى العين قبل الاجازة ينظر ان تصرف فيه قبل القبض فتصرفه باطل لان الملك فى العقد الفاسد يقف على القبض وان تصرف فيه بعد ما قبض باذن المشترى صريحا أو دلالة يصح تصرفه لانه تصرف فى ملك نفسه وعليه مثله أو قيمته لان المقبوض بالبيع الفاسد مضمون به ولا تلحقه الاجازة لانه ملك بجواز تصرفه فيه فلا يحتمل الاجازة بعد ذلك ولو تصرف المشترى فى المبيع قبل الاجازة لا يجوز تصرفه سواء كان قبض المبيع أو لم يقبضه لعدم اذن مالكه والله تعالى أعلم (وأما) الولاية فالولاية فى الاصل نوعان نوع يثبت بتولية المالك ونوع يثبت شرعا لا بتولية المالك أما الاول فهو ولاية الوكيل فينفذ تصرف الوكيل وان لم يكن المحل مملوكا له لوجود الولاية المستفادة من الموكل وأما الثانى فهو ولاية الاب والجد أب الاب والوصى والقاضى وهو نوعان أيضا ولاية النكاح وولاية غيره من التصرفات أما ولاية النكاح فوضع بيانها كتاب النكاح وأما ولاية غيره من المعاملات فالكلام فيه فى مواضع فى بيان سبب هذه الولاية وفى بيان شرائطها وفى بيان ترتيب الولاية أما الاول فسبب هذا النوع من الولاية فى التحقيق شيئان أحدهما الابوة والثانى القضاء لان الجد من قبل الاب أب لكن بواسطة ووصى الاب والجد استفاد الولاية منهما فكان ذلك ولاية الابوة من حيث المعنى ووصى القاضى يستفيد الولاية من القاضى فكان ذلك ولاية القضاء معنى أما الابوة فلانها داعية الى كمال النظر فى حق الصغير لوفور شفقة الاب وهو قادر على ذلك لكمال رأيه وعقله والصغير عاجز عن النظر لنفسه بنفسه وثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز عن النظر أمر معقول مشروع لانه من باب الاعانة على البر ومن باب الاحسان ومن باب اعانة الضعيف واغاثة اللهفان وكل ذلك حسن عقلا وشرعا ولان ذلك من باب شكر النعمة وهى نعمة القدرة اذ شكر كل نعمة على حسب النعمة فشكر نعمة القدرة معونة العاجز وشكر النعمة واجب عقلا وشرعا فضلا عن الجواز ووصى الاب قائم مقامه لانه رضيه واختاره فالظاهر انه ما اختاره من بين سائر الناس الا لعلمه بان شفقته على وربته مثل شفقته عليهم ولولا ذلك لما ارتضاه من بين سائر الناس فكان الوصى خلفا عن الاب وخلف الشئ قائم مقامه كانه هو والجد له كمال الرأى ووفور الشفقة الا أن شفقته دون شفقة الاب فلا جرم تأخرت ولايته عن ولاية الاب وولاية وصيه ووصى وصيه أيضا لان تلك ولاية الاب من حيث المعنى على ما ذكرنا ووصى الجد قائم مقامه لانه استفاد الولاية من جهته وكذا وصى وصيه وأما القضاء فلان القاضى لاختصاصه بكمال العلم والعقل والورع والتقوى والخصال الحميدة أشفق الناس على اليتامى فصلح وليا وقد قال عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لا ولى له الا أن شفقته دون شفقة الاب والجد لان شفقتهما تنشأ عن القرابة وشفقته لا وكذا وصيه

فتأخرت ولايته عن ولايتهما

﴿ فصل ﴾ وأما شرائطها فأنواع بعضها يرجع الى الولى و بعضها يرجع الى المولى عليه و بعضها يرجع الى المولى فيه أما الذى يرجع الى الولى فأشياء (منها) أن يكون حرا فلا تثبت ولاية العبد لقوله سبحانه وتعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ ولانه لا ولاية له على نفسه فكيف تثبت له الولاية على غيره (ومنها) أن يكون عاقلا فلا ولاية للمجنون لما قلنا (ومنها) اسلام الولى اذا كان المولى عليه مسلما فان كان كافرا لا تثبت له عليه الولاية لقوله عز وجل ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولان تنفيذ الولاية للكافر على المسلم يشعر بالذل به وهذا لا يجوز (وأما) الذى يرجع الى المولى عليه فالصغر فلا تثبت الولاية على الكبير لانه يقدر على دفع حاجة نفسه فلا حاجة الى اثبات الولاية عليه لغيره وهذا لان الولاية على الحر تثبت مع قيام المنافى للضرورة ولا ضرورة حالة القدرة فلا تثبت (وأما) الذى يرجع الى المولى فيه فهو أن لا يكون من التصرفات الضارة بالمولى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار فى الاسلام وقال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا فليس منا والاضرار بالصغير ليس من المرحمة فى شئ فليس له أن يهب مال الصغير من غيره بغير عوض لانه ازالة ملكه من غير عوض فكان ضررا محضا وكذا ليس له أن يهب بعوض عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد له ذلك (وجه) قوله أن الهبة بعوض معاوضة المال بالمال فكان فى معنى البيع فملكها كما يملك البيع (ولهما) أنها هبة ابتداء بدليل أن الملك فيها يقف على القبض وذلك من أحكام الهبة وانما تصير معاوضة فى الانتهاء وهو لا يملك الهبة فلم تنعقد هبته فلا يتصور أن تصير معاوضة بخلاف البيع لانه معاوضة ابتداء وانتهاء وهو يملك المعاوضة وليس له أن يتصدق بماله ولا أن يوصى به لان التصدق والوصية ازالة الملك من غير عوض مالى فكان ضررا فلا يملكه وليس له أن يطلق امرأته لان الطلاق من التصرفات الضارة المحضة وليس له أن يعتق عبده سواء كان بعوض أو بغير عوض أما بغير عوض فلانه ضرر محض وكذا بعوض لانه لا يقابله العوض للحال لان العتق معلق بنفس القبول واذا عتق بنفس القبول يبقى الدين فى ذمة المفلس وقد يحصل وقد لا يحصل فكان الاعتاق ضررا محضا للحال وكذا ليس له أن يقرض ماله لان القرض ازالة الملك من غير عوض للحال وهو معنى قولهم القرض تبرع وهو لا يملك سائر التبرعات كذا هذا بخلاف القاضى فانه يقرض مال اليتيم (ووجه) الفرق ان الاقراض من القاضى من باب حفظ الدين لان توى الدين بالافلاس أو بالانكار والظاهر أن القاضى يختار أملى الناس وأوثقهم وله ولاية التفحص عن أحوالهم فيختار من لا يتحقق افلاسه ظاهرا وغالبا وكذا القاضى يقضى بعلمه فلا يتحقق التوى بالانكار وليس لغير القاضى هذه الولاية فبقى الاقراض منه ازالة الملك من غير أن يقابله عوض للحال فكان ضررا فلا يملكه وله ان يدين ماله من غيره وصورة الاستدانة أن يطلب انسان من غير الاب أو الوصى أن يبيعه شيأ من أموال الصغير بمثل قيمته حتى يجعل أصل الشئ ملكه وثمن المبيع دينا عليه ليرده فان باعه منه بزيادة على قيمته فهو غبنه وانما ملك الادانة ولم يملك القرض لان الادانة بيع ماله بمثل قيمته وليس له أن يزوج عبده لانه يتعلق المهر برقبته وفيه ضرر وليس له أن يبيع ماله بأقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة ولو باع لا ينفذ بيعه لانه ضرر فى حقه وكذا ليس له أن يؤاجر نفسه أو ماله بأقل من أجرة المثل قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة وليس له أن يشترى بماله شيأ بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة لما قلنا ولو اشترى ينفذ عليه ويكون المشترى له لان الشراء وجد نفاذا على المشترى وله أن يقبل الهبة والصدقة والوصية لان ذلك نفع محض فيملكه الولى وقال عليه الصلاة والسلام خير الناس من ينفع الناس وهذا يجرى مجرى الحث على النفع والحث على النفع ممن لا يملك النفع عبث وله أن يزوج أمته لانه نفع وله أن يبيع ماله بأكثر من قيمته ويشترى له شيأ بأقل من قيمته لما قلنا وله أن يبيعه بمثل قيمته وبأقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فيه عادة وله أن يشترى له شيأ بمثل قيمته وبأكثر من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادة وكذا له أن يؤاجر نفسه وماله بأكثر من أجر مثله أو بأجر مثله أو بأقل منه قدر ما يتغابن الناس

فيه عادة وكذا له أن يستأجر له شيأ بأقل من أجر المثل أو باجر المثل أو با كثر منه قدر ما يتغابن الناس فيه عادة ولو أجر نفسه أو ماله ثم بلغ الصبي في المدة فله الخيار في اجارة النفس ان شاء مضى عليها وان شاء أبطلها ولا خيار له في اجارة المال (ووجه) الفرق ان اجارة مال الصغير تصرف في ماله على وجه النظر فيقوم الأب فيه مقامه فلا يثبت له خيار الابطال بالبلوغ فأما اجارة نفسه فتصرف على نفسه بالاضرار وكان ينبغي أن لا يملكه الاب الا أنه ملكها من حيث انها نوع رياضة وتهذيب للصغير وتأديب له والأب يلي تأديب الصغير فولها على أنها تأديب فاذا بلغ فقد انقطعت ولاية التأديب وهو الفرق وله أن يسافر بماله وله أن يدفع ماله مضاربة وله أن يبضع وله أن يوكل بالبيع والشراء والاجارة والاستئجار لان هذه الاشياء من توابع التجارة فكل من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها ولهذا ملكها المأذون وله أن يعير ماله استحسانا والقياس أن لا يجوز (وجه) القياس ان الاعارة تمليك المنفعة بغير عوض فكان ضررا (وجه) الاستحسان ان هذا من توابع التجارة وضروراتها فتملك بملك التجارة ولهذا ملكها المأذون وله أن يودع ماله لان الايداع من ضرورات التجارة وله أن يأذن له بالتجارة عندنا اذا كان يعقل البيع والشراء لان الاذن بالتجارة دون التجارة فاذا ملك التجارة بنفسه فلان يملك الاذن بالتجارة أولى وله أن يكاتب عبده لان المكاتبة عقد معاوضة فكان في معنى البيع وله أن يرهن ماله بدينه لان الرهن من توابع التجارة لان التاجر يحتاج اليه ولانه قضاء الدين وهو يملك قضاء دينه من ماله فيملك الرهن بدينه أيضا وله أن يرهن ماله بدين نفسه أيضا لان عين المرهون تحت يد المرتهن الا أنه اذا هلك يضمن مقدار ما صار مؤديا من ذلك دين نفسه وله أن يجعل ماله مضاربة عند نفسه وينبغي أن يشهد على ذلك في الابتداء ولو لم يشهد يحل له الربح فيما بينه وبين الله تعالى ولكن القاضي لا يصدقه وكذلك اذا شارك ورأس ماله أقل من مال الصغير فان أشهد فالربح على ما شرط وان لم يشهد يحل فيما بينه وبين الله تعالى ولكن القاضي لا يصدقه ويجعل الربح على قدر رأس مالهما وما عرفت من الجواب في الاب فهو الجواب في وصيه حال عدمه وفي الجد ووصيه حال عدمه الا أن بين الاب ووصيه وبين الجد ووصيه فرقا من وجوه مخصوصة (منها) ان الاب أو الجد اذا اشترى مال الصغير لنفسه أو باع مال نفسه من الصغير بمثل قيمته أو بأقل جاز ولو فعل الوصي ذلك لا يجوز عند محمد أصلا وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ان كان خيرا لليتيم جاز والا فلا (ومنها) ان لهما ولاية الاقتصاص لاجل الصغير في النفس وما دونها وللوصي ولاية الاقتصاص فيما دون النفس وليس له ولاية الاقتصاص في النفس (ومنها) ان له ولاية الصلح في النفس وما دونها على قدر الدية من غير حط بلا خلاف وليس لهما ولاية العفو وفي جواز الصلح من الوصي روايتان وقد ذكرنا الوجه في ذلك في كتاب الصلح ثم ولي اليتيم هل يأكل من مال اليتيم فنقول لا خلاف في أنه اذا كان غنيا لا يأكل لقوله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف فاما اذا كان فقيرا فهل له أن يأكل على سبيل الاباحة أو ليس له أن يأكل الا قرضا اختلف فيه الصحابة رضي الله عنهم روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ان له أن يأكل على سبيل الاباحة لكن بالمعروف من غير اسراف وهو قول سيدتنا عائشة رضي الله عنها وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه يأكل قرضا فاذا أيسر قضى وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما احتج هؤلاء بقوله تعالى فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم أمر سبحانه وتعالى بالاشهاد على الايتام عند دفع المال اليهم ولو كان المال في أيدي الأولياء بطريق الامانة لكان لا حاجة الى الاشهاد لان القول قول الولي اذا قال دفعت المال الى اليتيم عند انكاره وانما الحاجة الى الاشهاد عند الاخذ قرضا ليأكل منه لان في قضاء الدين القول قول صاحب الدين لا قول من يقضي الدين وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه انه فسر قوله عز وجل ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف قال قرضا احتج الاولون بظاهر قوله عز شأنه ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف أطلق الله عز شأنه لولي اليتيم أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف وهو الوسط من غير اسراف وروى ان رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لي مال ولي يتيم فقال عليه الصلاة والسلام كل من مال يتيمك

غير

غير مسرف ولا متأثل مالك بماله وذكر محمد ومالك في الموطأ أن الافضل هو الاستعفاف من ماله لما روى ان رجلا أتى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فقال له أوصى الى يتيم فقال عبد الله لا تشتر من ماله شيأ ولا تستقرض من ماله شيأ والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما ترتيب الولاية فأولى الاولياء الاب ثم وصيه ثم وصي وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم وصي وصيه ثم القاضي ثم من نصبه القاضي وهو وصي القاضي وانما تثبت الولاية على هذا الترتيب لان الولاية على الصغار باعتبار النظر لهم لعجزهم عن التصرف بأنفسهم والنظر على هذا الترتيب لان ذلك مبني على الشفقة وشفقة الاب فوق شفقة الكل وشفقة وصيه فوق شفقة الجد لانه مرضي الاب ومختاره فكان خلف الاب في الشفقة وخلف الشئ قائم مقامه كانه هو وشفقة الجد فوق شفقة القاضي لان شفقته تنشأ عن القرابة والقاضي أجنبي ولا شك ان شفقة القريب على قريبه فوق شفقة الاجنبي وكذا شفقة وصيه لانه مرضي الجد وخلفه فكان شفقته مثل شفقته واذا كان ماجعل له الولاية على هذا الترتيب كانت الولاية على هذا الترتيب ضرورة لان ترتيب الحكم على حسب ترتيب العلة والله سبحانه وتعالى أعلم وليس لمن سوى هؤلاء من الام والاخ والعم وغيرهم ولاية التصرف على الصغير في ماله لان الاخ والعم قاصرا الشفقة وفي التصرفات تجري جنايات لا يتم لها الاذو الشفقة الوافرة والام وان كانت لها وفور الشفقة لكن ليس لها كمال الرأي لقصور عقل النساء عادة فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال ولا لوصيهن لان الوصي خلف الموصي قائم مقامه فلا يثبت له الا قدر ما كان للموصي وهو قضاء الدين والحفظ لكن عند عدم هؤلاء ولوصي الام والاخ ان يبيع المنقول والعقار لقضاء دين الميت والباقي ميراث للصغير ثم ينظر ان كان واحد ممن ذكرنا حيا حاضرا فليس له ولاية التصرف أصلا في ميراث الصغير لان الموصي لو كان حيا لا يملكه في حال حياته فكذا الوصي وان لم يكن فله ولاية الحفظ لا غير الا انه يبيع المنقول لما ان بيع المنقول من باب الحفظ لان حفظ الثمن أيسر وليس له أن يبيع العقار لاستغنائه عن الحفظ لكونه محفوظا بنفسه وكذا لا يبيع الدراهم والدنانير لانها محفوظة وليس له أن يشتري شيأ على سبيل التجارة وله أن يشتري مالا بد منه للصغير من طعامه وكسوته وما استفاد الصغير من المال من جهة أخرى سوى الارث بان وهب له شئ أو أوصى له به فليس له ولاية التصرف فيه أصلا عقاراً كان أو منقولا لانه لم يكن للموصي عليه ولاية فكذا الوصي (وأما) وصي المكاتب فله أن يبيع المنقول والعقار لقضاء دين المكاتب ولقضاء دين الكتابة لان المكاتب كان يملكه بنفسه فكذا وصيه وما فضل من كسبه يكون ميراثا لورثته (اما) الاحرار منهم فلا شك وكذا الولد المولود في الكتابة ومن كوتب معه لانه عتق في آخر جزء من أجزاء حياته بعتق أبيه واذا صار الفاضل من كسبه ميراثا لورثته فهل يملك التصرف في مالهم ذكر في الزيادات انه لا يملك الا الحفظ وجعله بمنزلة وصي الام والاخ والعم وفي كتاب القسمة الحقه بوصي الاب فانه أجاز قسمته في العقارات والقسمة في معنى البيع فمن جازت قسمته يجوز بيعه فكان فيه روايتان وهذا اذا مات قبل أداء بدل الكتابة فاما اذا أدى بدل الكتابة في حال حياته وعتق ثم مات كان وصيه كوصي الحر بلا خلاف والثاني أن لا يكون في المبيع حق لغير البائع فان كان لا ينعقد كالمرهون والمستأجر لان فيه ابطال حق المرتهن والمستأجر وهذا لا يجوز وقد اختلفت عبارات الكتب في هذه المسئلة في بعضها ان البيع فاسد وفي بعضها انه موقوف وهو الصحيح لان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى مال متقوم مملوك له مقدور التسليم من غير ضرر يلزمه والدليل على انه مقدور التسليم انه يمكنه أن يفتك الرهن بقضاء الدين فيسلمه الى المدين وكذا احتمال الاجازة من المرتهن والمستأجر ثابت في البابين جميعا الا انه لم ينفذ للحال لتعلق حقهما فتوقف ويمكن التوفيق بين الروايتين بان يحمل قوله فاسد على انه لا حكم له ظاهر وهو تفسير الموقوف عندنا فاذا توقف على اجازتهما فان أجازا جاز ونفذ وهل يملكان المطالبة بالفسخ ذكر القدوري رحمه الله في شرحه وقال اما المستأجر فلا يملك واما المرتهن فيجوز أن يقال يملك فرق بينهما من حيث ان حق المستأجر في

المنفعة لا فى العين اذ الاجارة عقد على المنفعة لا على العين والبيع عقد على العين فلم يكن البيع تصرفا فى محل حق المستأجر فلا يثبت له الخيار وحق المرتهن فى العين لانه يستوفى الدين من بدل العين بالبيع عند عدم الافتكاك من الراهن ولهذا لو أجاز البيع كان الثمن رهناً عنده فكان البيع تصرفا فى محل حقه فيثبت له الخيار وهل يثبت للمشترى خيار الفسخ فان لم يعلم انه مرهون أو مؤجر يثبت لان العقد المطلق يقتضى التسليم للحال وقد فات فيثبت له خيار الفسخ وان علم فلا خيار له لانه رضى بالتسليم فى الجملة ولو باع عبده الذى وجب عليه القود نفذ لانه لا حق لولى القتيل فى نفس القاتل وانما له ولاية استيفاء القصاص وانها لا تبطل بالبيع فيجوز البيع ولا يصير المولى بالبيع مختارا للفداء سواء علم بالجناية أو لم يعلم لان حق الولى فى القصاص والبيع لا يبطل القصاص وكذلك لو أعتقه أو دبره أو كاتب أمة فاستولدها لما قلنا وكذا لو باع عبده الذى هو حلال الدم بالردة لان الردة توجب اباحة الدم لا غير والبيع لا يبطلها وكذا لو أعتقه أو دبره وكذا لو باع عبده الذى وجب قطع يده بالسرقة أو وجب عليه حد من الحدود كحد الزنا والقذف والشرب لان الواجب بهذه الجنايات ولاية استيفاء القطع والحد والبيع لا يبطلها ولو باع عبده الذى وجب دفعه بالجناية يجوز علم المولى بالجناية أولا ولا سبيل لولى الجناية على العبد ولا على المشترى لانه لا حق له فى نفس العبد وانما يخاطب المولى بالدفع الا أن يختار الفداء غير انه ان كان عالما بالجناية يلزمه ارش الجناية بالغاً ما بلغ لان اقدامه على البيع بعد العلم بالجناية اختيار للفداء اذ لولم يختر لما باعه لما فيه من ابطال حق ولى الجناية فى الدفع والظاهر انه لا يرضى به وعلى تقدير الاختيار كان البيع ابطالا لحقهم الى بدل وهو الفداء فكان الاقدام على البيع اختياراً للفداء بخلاف ما اذا كان عليه قتل أو قطع بسبب السرقة أو حد لان البيع لا يوجب بطلان هذه الحقوق فلم يكن الاقدام على البيع اختيارا للفداء فلا تسقط هذه الحقوق بل بقيت على حالها وان كان عالما بالجناية يلزمه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لانه اذا لم يكن عالما بالجناية كان البيع استهلاكا للعبد من غير اختياره فعليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لانه ما أتلف على ولى الجناية الا قدر الارش الا اذا كان أقلهما عشرة آلاف درهم فينقص منها عشرة دراهم لان قيمة قتل العبد خطأ اذا بلغ عشرة آلاف درهم ينقص منها عشرة دراهم وكذلك لو أعتقه المولى أو دبره أو كاتب أمة فاستولدها جاز ولا سبيل لولى الجناية على العبد والمدبر وأم الولد غير انه ان علم بالجناية كان ذلك اختياراً منه للفداء وان لم يعلم فعليه الاقل من قيمته ومن الدين وما زاد على هذا نذكره فى كتاب جنايات العبيد فى آخر كتاب الجنايات ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الصحة فأنواع بعضها يعم البياعات كلها وبعضها يخص البعض دون البعض اما الشرائط العامة (فمنها) ما ذكرنا من شرائط الانعقاد والنفاذ لان ما لا ينعقد ولا ينفذ البيع بدونه لا يصح بدونه ضرورة اذ الصحة أمر زائد على الانعقاد والنفاذ فكل ما كان شرط الانعقاد والنفاذ كان شرط الصحة ضرورة وليس كل ما يكون شرط الصحة يكون شرط النفاذ والانعقاد عندنا فان البيع الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض به عندنا وان لم يكن صحيحاً (ومنها) أن يكون المبيع معلوما وثمنه معلوما علما يمنع من المنازعة فان كان أحدهما مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فسد البيع وان كان مجهولا جهالة لا تفضى الى المنازعة لا يفسد لان الجهالة اذا كانت مفضية الى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع واذا لم تكن مفضية الى المنازعة لا تمنع من ذلك فيحصل المقصود وبيانه فى مسائل اذا قال بعتك شاة من هذا القطيع أو ثوبا من هذا العدل فالبيع فاسد لان الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية الى المنازعة لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة وثوب وثوب فيوجب فساد البيع فان عين البائع شاة أو ثوبا وسلمه اليه ورضى به جاز ويكون ذلك ابتداء بيع بالمراضاة ولان البياعات للتوسل الى استيفاء النفوس الى انقضاء آجالها والتنازع يفضى الى التفانى فيتناقض ولان الرضا شرط البيع والرضا لا يتعلق الا بالمعلوم والكلام فى هذا الشرط فى موضعين أحدهما ان العلم بالمبيع والثمن علما مانعا من المنازعة شرط صحة البيع *والثانى فى بيان ما يحصل به العلم بهما (اما) الاول فبيانه فى مسائل وكذا اذا قال بعتك أحد هذه الاثواب الاربعة

بكذا وذكر خيار التعيين أو سكت عنه أو قال بعتك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار فالبيع فاسد لان المبيع مجهول ولو ذكر الخيار بان قال على انك بالخيار تأخذ أيهما شئت بثمن كذا وترد الباقي فالقياس أن يفسد البيع وفي الاستحسان لا يفسد (وجه) القياس ان المبيع مجهول لانه باع أحدهما غير عين وهو غير معلوم فكان المبيع مجهولا فيمنع صحة البيع كما لو باع أحد الأثواب الاربعة وذكر الخيار (وجه) الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط والجامع بينهما مساس الحاجة الى دفع الغبن وكل واحد من الخيارين طريق الى دفع الغبن وورود الشرع هناك يكون ورودا ههنا والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة لاقتصار الاشياء على الجيد والوسط والردىء فيبقى الحكم في الزيادة مردودا الى أصل القياس ولان الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم الى ذلك فان كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشتري ما يحتاج اليه خصوصا الاكابر والنساء فيحتاج الى أن يأمر غيره ولا تندفع حاجته بشراء شئ واحد معين من ذلك الجنس لما عسى لا يوافق الآمر فيحتاج الى ان يشتري أحد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعا الى الآمر فيختار أيهما شاء بالثمن المذكور ويرد الباقي فجوزنا ذلك لتعامل الناس ولا تعامل فيما زاد على الثلاثة فبقي الحكم فيه على أصل القياس وقوله المعقود عليه مجهول قلنا هذا ممنوع فانه اذا شرط الخيار بان قال على أن تأخذ أيهما شئت فقد انعقد البيع موجبا للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم مع ما ان هذه جهالة لا تفضي الى المنازعة لانه فوض الامر الى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة وهل يشترط بيان المدة في هذا الخيار اختلف المشايخ فيه لاختلاف ألفاظ محمد في هذه المسئلة في الكتب فذكر في الجامع الصغير على أن يأخذ المشتري أيهما شاء وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام وذكر في الاصل على أن يأخذ أيهما شاء بألف ولم يذكر الخيار فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع الا بذكر مدة خيار الشرط وهو ثلاثة أيام فما دونها عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما الثلاث وما زاد عليها بعد أن يكون معلوما وهو قول الكرخي والطحاوي رحمهما الله وقال بعضهم يصح من غير ذكر المدة (وجه) قول الاولين ان المبيع لو كان ثوبا واحدا معينا وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالاجماع فكذا اذا كان واحدا غير معين والجامع بينهما ان ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وانه مفسد للبيع لان للمشتري أن يردهما جميعا والثابت بخيار التعيين رد أحدهما وهذا حكم خيار الشرط فلابد من ذكر مدة معلومة (وجه) قول الآخرين ان توقيت الخيار في المعين انما كان شرطا لان الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة الى دفع الغبن بواسطة التأمل فكان في معنى الاستثناء فلابد من التوقيت ليصح استثناء ذلك في الوقت عن ثبوت حكم البيع فيه وخيار التعيين لا يمنع ثبوت الحكم بل يثبت الحكم في أحدهما غير عين وانما يمنع تعين المبيع لا غير فلا يشترط له بيان المدة والله سبحانه وتعالى أعلم والدليل على التفرقة بينهما أن خيار الشرط لا يورث على أصل أصحابنا وخيار التعيين يورث بالاجماع الا أن للمشتري أن يردهما جميعا لا حكما لخيار الشرط المعهود ليشترط له بيان المدة بل لان البيع المضاف الى أحدهما غير لازم فكان محلا للفسخ كالبيع بشرط خيار معهود على ما نذكر ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى ثوبين أو عبدين أو دابتين على أن المشتري أو البائع بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام ولم يعين الذي فيه الخيار من الذي لا خيار فيه ولا بين حصة كل واحد منهما من الثمن أن البيع فاسد فيهما جميعا لجهالة المبيع والثمن (أما) جهالة المبيع فلان العقد في أحدهما بات وفي الآخر خيار ولم يعين أحدهما من الآخر فكان المبيع مجهولا وأما جهالة الثمن فلانه اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فلا يعرف ذلك الا بالحزر والظن فكان الثمن مجهولا والمبيع مجهولا وجهالة أحدهما تمنع صحة البيع فجهالتهما أولى وكذا اذا عين الذي فيه الخيار لكن لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن لان الثمن مجهول وكذا اذا بين ثمن كل واحد منهما لكن لم يعين الذي فيه الخيار من صاحبه لان المبيع مجهول ولو عين وبين جاز البيع فيهما جميعا لان المبيع والثمن معلومان ويكون البيع في أحدهما باتا من غير خيار وفي الآخر فيه خيار لانه هكذا فعل فاذا أجاز من له الخيار البيع فيما له فيه الخيار أو مات أو مضت مدة الخيار من غير فسخ حتى تم البيع ولزم

المشترى ثمنهما ليس له أن يأخذ أحدهما أو كلاهما ما لم ينقد ثمنهما جميعا لان الخيار لما سقط ولزم العقد صار كانه اشتراهما جميعا شراء باتا ولو كان كذلك كان الامر على ما وصفنا فكذا هذا ولو اشترى ثوبا واحدا أو دابة واحدة بثمن معلوم على أن المشترى أو البائع بالخيار فى نصفه ونصفه بات جاز البيع لان النصف معلوم وثمنه معلوم أيضا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع عددا من جملة المعدودات المتفاوتة كالبطيخ والرمان بدرهم والجملة أكثر مما سمى فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية الى المنازعة فان عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك او تراضيا عليه فهو جائز لان ذلك بيع مبتدأ بطريق التعاطى واليه أشار فى الكتاب فقال وانما وقع البيع على هذا المعزول حين تراضيا وهذا نص على جواز البيع بالمراوضة ولو قال بعت هذا العبد بقيمته فالبيع فاسد لانه جعل ثمنه قيمته وانها تختلف باختلاف تقويم المقومين فكان الثمن مجهولا وكذلك اذا اشترى من هذا اللحم ثلاثة أرطال بدرهم ولم يبين الموضع فالبيع فاسد وكذلك اذا بين الموضع بان قال زن لى من هذا الجنب رطلا بكذا أو من هذا الفخذ على قياس قول أبى حنيفة فى السلم وعلى قياس قولهما يجوز وكذا روى عن محمد رحمه الله أنه يجوز وكذا اذا باع بحكم المشترى أو بحكم فلان لانه لا يدرى بماذا يحكم فلان فكان الثمن مجهولا وكذا اذ قال بعتك هذا بقفيز حنطة أو بقفيزى شعير لان الثمن مجهول وقيل هو البيعان فى بيع وقد روى أن رسول الله صلى الله عيه وسلم نهى عن بيعين فى بيع وكذا اذا قال بعتك هذا العبد بالف درهم الى سنة أو بالف وخمسمائة الى سنتين لان الثمن مجهول وقيل هو الشرطان فى بيع وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شرطين فى بيع ولو باع شيأ بربح ده يازده ولم يعلم المشترى رأس ماله فالبيع فاسد حتى يعلم فيختار أو يدع هكذا روى ابن رستم عن محمد لانه اذا لم يعلم رأس ماله كان ثمنه مجهولا وجهالة الثمن تمنع صحة البيع فاذا علم ورضى به جاز البيع لان المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد وقد زالت فى المجلس وله حكم حالة العقد فصار كانه كان معلوما عند العقد وان لم يعلم به حتى اذا افترقا تقرر الفساد ولو هلك المبيع قبل العلم بعد القبض فعليه قيمته لان هذا حكم البيع الفاسد وقد تقرر الفساد بالهلاك لان بالهلاك خرج البيع عن احتمال الاجازة والرضا لان الاجازة انما تلحق القائم دون الهالك فتقرر الفساد فلزمته القيمة وروى ابن شجاع عن محمد أن البيع جائز ومعناه أنه موقوف على الاجازة واليه أشار أبو يوسف رحمه الله فانه قال صح وهذه أمارة البيع الموقوف فان مات البائع قبل أن يرضى المشترى وقد قبض أو لم يقبض انتقض البيع ولو كان المبيع عبدا فقبضه ثم أعتقه أو باعه أو مات قبل العلم جاز العتق والبيع وعليه قيمته لوجود الهلاك حقيقة بالموت وبالاعتاق فى المبيع فخرج البيع عن احتمال الاجازة فتأكد الفساد فيلزمه القيمة ولو أعتقه بعد ما علم برأس المال فعليه الثمن لان اقدامه على الاعتاق دليل الاجازة ولو عتق بالقرابة قبل العلم بالثمن بعد القبض فعليه قيمته لانه لا صنع له فى القرابة فلم يوجد دليل الاجازة فكان العتق بها بمنزلة هلاك العبد قبل العلم وهناك تجب القيمة كذا ههنا وكذا اذا باع الشئ برقمه أو برأس ماله ولم يعلم المشترى رقمه ورأس ماله فهو كما اذا باع شيأ بربح ده يازده ولم يعلم ما اشترى به ولو قال بعتك قفيزا من هذه الصبرة صح وان كان قفيزا من صبرة مجهولا لكن هذه جهالة لا تفضى الى المنازعة لان الصبرة الواحدة متماثلة القفزان بخلاف الشاة من القطيع وثوب من الاربعة لان بين شاة وشاة تفاوتا فاحشا وكذا بين ثوب وثوب والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع شيأ بعشرة دراهم أو بعشرة دنانير وفى البلد نقود مختلفة انصرف الى النقد الغالب لان مطلق الاسم ينصرف الى المتعارف خصوصا اذا كان فيه صحة العقد وان كان فى البلد نقود غالبة فالبيع فاسد لان الثمن مجهول اذ البعض ليس بأولى من البعض وعلى هذا يخرج أصل أبى حنيفة عليه الرحمة أن جملة الثمن اذا كانت مجهولة عند العقد فى بيع مضاف الى جملة فالبيع فاسد الا فى القدر الذى جهالته لا تفضى الى المنازعة وجملة الكلام فيه أن المبيع لا يخلو اما ان كان من المثليات من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة واما أن يكون من غيرها من الذرعيات والعدديات المتفاوتة ولا يخلو اما ان سمى جملة الكيل والوزن والعدد والذرع فى البيع واما ان لم يسم اما المكيلات فان لم يسم جملتها بان قال بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها

بدرهم لم يجز البيع الا فى قفيز منها بدرهم ويلزم البيع فيه عند أبى حنيفة ولا يجوز فى الباقى الا اذا علم المشترى جملة القفزان قبل الافتراق بان كالها فله الخيار ان شاء أخذ كل قفيز بدرهم وان شاء ترك وان لم يعلم حتى افترقا عن المجلس تقرر الفساد وعند أبى يوسف ومحمد يلزمه البيع فى كل الصبرة كل قفيز منها بدرهم سواء علم أو لم يعلم وعلى هذا الخلاف اذا قال كل قفيز منها بدرهمين أو كل ثلاثة أقفزة منها بثلاثة دراهم وعلى هذا الخلاف الوزنى الذى لا ضرر فى تبعيضه كالزيت وتبر الذهب والفضة والعددى المتقارب كالجوز واللوز اذا لم يسم جملتها (وأما) الذرعيات فان لم يسم جملة الذرعان بان قال بعت منك هذا الثوب أو هذه الارض أو هذه الخشبة كل ذراع منها بدرهم فالبيع فاسد فى الكل عند أبى حنيفة رحمه الله الا اذا علم المشترى جملة الذرعان فى المجلس فله الخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك وان لم يعلم حتى اذا تفرقا تقرر الفساد وعند أبى يوسف ومحمد يجوز البيع فى الكل ويلزمه كل ذراع منه بدرهم وعلى هذا الخلاف اذا قال كل ذراعين بدرهمين أو كل ثلاثة أذرع بثلاثة دراهم وعلى هذا الخلاف العدديات المتفاوتة كالاغنام والعبيد بأن قال بعت منك هذا القطيع من الغنم كل شاة منها بعشرة دراهم ولم يسم جملة الشياه وعلى هذا الخلاف الوزنى الذى فى تبعيضه ضرر كالمصوغ من الاوانى والقلب ونحو ذلك (وجه) قولهما فى مسائل الخلاف أن جملة البيع معلومة وجملة الثمن ممكن الوصول الى العلم بالكيل والوزن والعدد والذرع فكانت هذه جهالة ممكنة الرفع والازالة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع كما اذا باع بوزن هذا الحجر ذهبا ولابى حنيفة رحمه الله أن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة مفضية الى المنازعة فتوجب فساد العقد كما اذا باع الشئ برقمه ولا شك أن جهالة الثمن حالة العقد مجهولة لانه باع كل قفيز من الصبرة بدرهم وجملة القفزان ليست بمعلومة حالة العقد فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة وكذلك هذا فى الموزون والمعدود والمذروع وقولهما يمكن رفع هذه الجهالة مسلم لكنها ثابتة للحال الى أن ترتفع وعندنا اذا ارتفعت فى المجلس ينقلب العقد الى الجواز لان المجلس وان طال فله حكم ساعة العقد والبيع بوزن هذا الحجر ذهبا ممنوع على اصل أبى حنيفة رحمه الله وانما اختلف جواب أبى حنيفة بين المثليات وغيرها من وجه حيث جوز البيع فى واحد فى باب الامثال ولم يجز فى غيرها أصلا لان المانع من الصحة جهالة الثمن لكونها مفضية الى المنازعة وجهالة قفيز من صبرة غير مانعة مع الصحة لانها لا تفضى الى المنازعة الا ترى لو اشترى قفيزا من هذه الصبرة ابتداء جاز فاذا تعذر العمل بعموم كلمة كل صرفت الى الخصوص لانه ممكن على الاصل المعهود فى صيغة العام اذا تعذر العمل بعمومها أنها تصرف الى الخصوص عند امكان الصرف اليه بخلاف الاشياء المتفاوتة لان جهالة شاة من قطيع وذراع من ثوب جهالة مفضية الى المنازعة الا ترى أن بيع ذراع من ثوب وشاة من قطيع لا يجوز ابتداء فتعذر العمل بعموم كلمة كل ففسد البيع فى الكل ولو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم كل شاتين بعشرين درهما فالبيع فاسد فى الكل بالاجماع وان علم المشترى عدد الجملة فى المجلس واختار البيع فرق بين المعدود المتفاوت وبين المذروع والمكيل والموزون والمعدود المتقارب أن الواحد والاثنين هناك على الاختلاف واذا علم فى المجلس واختار البيع يجوز بلا خلاف وههنا لا يجوز فى الاثنين بلا خلاف وان علم واختار البيع (ووجه) الفرق أن المانع هناك جهالة الثمن وهى محتملة الارتفاع والزوال ثمة بالعلم فى المجلس فكان المانع يحتمل الزوال والجهالة ههنا لا تحتمل الارتفاع أصلا لان ثمة كل واحد منهما مجهول لا يدرى كم هو ولو قال بعت منك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم ولم يسم جملة الصبرة ولكنه سمى جملة الثمن لم يذكر هذا فى الاصل وذكر الطحاوى رحمه الله أنه يجوز وهو صحيح لان المانع جهالة الثمن ولم توجد حيث سماها وصارت تسمية جملة الثمن بمنزلة تسمية جملة المبيع ولو سمى جملة المبيع لجاز على ما نذكره كذا هذا هذا الذى ذكرنا اذا لم يسم جملة المبيع من المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات فأما اذا سماها بان قال بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم أو قال على أنها مائة قفيز بمائة درهم سمى لكل واحد من القفزان ثمنا على حدة أو سمى للكل ثمنا واحدا هما سواء فلا شك فى جواز البيع لان جملة المبيع معلومة وجملة الثمن

معلومة ثم ان وجدها كما سمى فالامر ماض ولا خيار للمشترى وان وجدها أزيد من مائة قفيز فالزيادة لا تسلم للمشترى بل ترد الى البائع ولا يكون للمشترى الاقدر ماسمى وهو مائة قفيز ولا خيار له وان وجدها أقل من مائة قفيز فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بحصتها من الثمن وطرح حصة النقصان وان شاء تركها وأصل هذا أن الزيادة فيما لا ضرر فى تبعيضه لا تجرى مجرى الصفة بل هى أصل فلابد وان يقابله الثمن ولا ثمن للزيادة فلا يدخل فى البيع فكان ملك البائع فيرد اليه والنقصان فيه نقصان الاصل لا نقصان الصفة فاذا وجدها أنقص مما سمى نقص من الثمن حصة النقصان وان شاء ترك لان الصفقة تفرقت عليه لانها وقعت على مائة قفيز ولم تسلم له فأوجب خللا فى الرضا فيثبت له خيار الترك وكذا الجواب فى الموزونات التى ليس فى تنقيصها ضرر لان الزيادة فيها لا تجرى مجرى الصفة بل هى أصل بنفسها وكذلك المعدودات المتقاربة (وأما) المذروعات من الثوب والارض والخشب وغيرها فان سمى لجملة الذرعان ثمنا واحدا ولم يسم لكل ذراع منها على حدة بان قال بعت منك هذا الثوب على انه عشرة أذرع بعشرة دراهم فالبيع جائز لان المبيع وثمنه معلوم ثم ان وجده مثل ماسمى لزمه الثوب بعشرة دراهم ولا خيار له وان وجده احد عشر ذراعا فالزيادة سالمة للمشترى وان وجده تسعة أذرع لا يطرح لاجل النقصان شيأ من الثمن وهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك فرق بينهما وبين المكيلات والموزونات التى ليس فى تنقيصها ضرر والعدديات المتقاربة (ووجه) الفرق ان زيادة الذرع فى الذرعيات جارية مجرى الصفة كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها والثمن يقابل الاصل لا الصفة والدليل على انها جارية مجرى الصفة ان وجودها يوجب جودة فى الباقى وفواتها يسلب صفة الجودة ويوجب الرداءة فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداءة حكما والجودة والرداءة صفة والصفة ترد على الاصل دون الصفة الا أن الصفة تملك تبعا للموصوف لكونها تابعة قائمة به فاذا زاد صار كأنه اشتراه رديئا فاذا هو جيد كما اذا اشترى عبداً على انه ليس بكاتب أو ليس بخياط فوجده كاتبا أو خياطا أو اشترى عبدا على انه أعور فوجده سليم العينين أو اشترى جارية على انها ثيب فوجدها بكرا تسلم له ولا خيار للبائع كذا هذا واذا نقص صار كأنه اشتراه على انه جيد فوجده رديئا أو اشترى عبدا على انه كاتب أو خباز أو صحيح العينين فوجده غير كاتب ولا خباز ولا صحيح العينين أو اشترى جارية على انها بكر فوجدها ثيبا لا يطرح شيأ من الثمن لكن يثبت له الخيار كذا هذا بخلاف المكيلات والموزونات التى لا ضرر فيها اذا نقصت والمعدودات المتقاربة لان الزيادة فيها غير ملحقة بالاوصاف لانها أصل بنفسها حقيقة والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن الا أنها ألحقت بالصفة فى المذروعات ونحوها لان وجودها يوجب الجودة والكمال للباقى وفواتها يوجب النقصان والرداءة له وهذا المعنى ههنا منعدم فبقيت أصلا بنفسها حقيقة وان سمى لكل ذراع منها ثمنا على حدة بأن قال بعت منك هذا الثوب على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فالبيع جائز لما قلنا ثم ان وجده مثل ماسمى فالامر ماض ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم وان وجده احد عشر ذراعا فهو بالخيار ان شاء أخذ كله باحد عشر درهما وان شاء ترك وان وجده تسعة أذرع فهو بالخيار ان شاء طرح حصة النقصان درهما وأخذه بتسعة دراهم وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه وهذا يشكل على الاصل الذى ذكرنا ان زيادة الذرع فى المذروعات تجرى مجرى الصفة لها لان الثمن يقابل الاصل دون الوصف فينبغى أن تكون الزيادة سالمة للمشترى ولا خيار له ولا يطرح لاجل النقصان شيأ كما فى الفصل الاول لان الثمن يقابل الاصل دون الصفة بمنزلة زيادة الجودة ونقصان الرداءة على ماذكرنا وحل هذا الاشكال ان الذرع فى المذروعات انما يجرى مجرى الصفة على الاطلاق اذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة (فأما) اذا أفرد به فلا يجرى مجرى الصفة مطلقا بل يكون أصلا من وجه وصفة من وجه فمن حيث ان التبعيض فيها يوجب تعيب الباقى كانت الزيادة صفة بمنزلة صفة الجودة ومن حيث انه سمى لكل ذراع ثمنا على حدة كان كل ذراع معقودا عليه فكانت الزيادة أصلا من وجه صفة من وجه فمن حيث انها صفة كانت للمشترى لان الثمن يقابل الاصل

لا الصفة

لا الصفة وانما يدخل فى البيع تبعا على ما بينا ومن حيث انها أصل لا يسلم له الا بزيادة ثمن اعتبارا للجهتين جميعا بقدر الامكان فله الخيار فى اخذ الزيادة وتركها لانه لو لزمه الاخذ لا محالة يلزمه زيادة ثمن لم يكن لزومها ظاهرا عند العقد واختل رضاه فوجب الخيار وفى النقصان ان شاء طرح قدر النقصان وأخذ الباقى اعتبارا لجهة الاصالة وان شاء ترك لان الصفقة تفرقت عليه وأوجب خللا فى الرضا وذا يوجب الخيار هذا اذا كانت الزيادة والنقصان ذراعا تاما فأما اذا كانت دون ذراع لم يذكر هذا فى ظاهر الروايات وذكر فى غير رواية الاصول اختلاف أقاويل أصحابنا الثلاثة فى كيفية الخيار فيه فأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله فرقا بين الزيادة والنقصان غير ان أبا حنيفة جعل زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة ذراع كامل فقال ان شاء أخذه باحد عشر درهما وان شاء ترك وجعل نقصان نصف ذراع كلا نقصان لكن جعل له الخيار فقال ان شاء أخذه بعشرة دراهم وان شاء ترك ولا يطرح من الثمن شيأ لاجل النقصان ومحمد جعل على القلب من ذلك فجعل زيادة نصف ذراع كلا زيادة فقال يأخذ المشترى بجميع الثمن ولا خيار له وجعل نقصان نصف ذراع كنقصان ذراع كامل وقال ان شاء أخذ بتسعة دراهم وان شاء ترك (وأما) أبو يوسف رحمه الله فسوى بين الزيادة والنقصان فقال فى زيادة نصف ذراع يزاد على الثمن نصف درهم وله الخيار ان شاء أخذه بعشرة دراهم ونصف وان شاء ترك وقال فى نقصان نصف ذراع ينقص من الثمن نصف درهم وله الخيار ان شاء أخذه بتسعة دراهم ونصف وان شاء ترك والقياس ما قاله أبو يوسف وهو اعتبار الجزء بالكل الا أنهما كأنهما استحسنا لتعامل الناس فجعل أبو حنيفة زيادة نصف ذراع بمنزلة ذراع تام ونقصان نصف ذراع كلا نقصان لان الناس فى العادات فى بياعاتهم وأشريتهم لا يعدون نقصان نصف ذراع نقصانا بل يحسبونه ذراعا تاما فبنى الامر فى ذلك على تعامل الناس وجعل محمد الامر فى ذلك على القلب من ذلك لما أن الباعة يسامحون فى زيادة نصف على القدر المسمى فى البيع عادة ولا يعدونه زيادة فكانت تلك الزيادة ملحقة بالعدم عادة كأنه لم يزد وكذا يسامحون فيعدون نقصان نصف ذراع فى العادات نقصان ذراع كامل فتركنا القياس بتعامل الناس ويجوز أن يكون اختلاف جوابهما لاختلاف عادات الناس والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا جميع المذروعات من الارض والخشب وغيرهما انه ان لم يسم لكل ذراع ثمنا بأن قال بعت منك هذه الارض على انها ألف ذراع بألف درهم فالبيع جائز لما قلنا ثم ان وجدها مثل ماسمى فالامر ماض ويلزمه الارض كل ذراع بدرهم وان وجدها أزيد فالزيادة سالمة له ولا خيار وان وجدها أنقص فهو بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك لما ذكرنا ان زيادة الذرع فى الذرعيات جارية مجرى الصفات والثمن يقابل الاصل دون الصفة وان سمى لكل ذراع ثمنا على حدة بأن قال كل ذراع بكذا فالبيع جائز لما ذكرنا ثم ان وجدها مثل ماسمى فالامر ماض وان وجدها أزيد فهو بالخيار ان شاء أخذ الزيادة بثمنها وان شاء ترك لانه يلزمه زيادة ثمن لم يلتزمه لذا العقد وان وجده أنقص تسقط حصته من الثمن وله الخيار لتفرق الصفقة على ماذكرنا فى الثوب وعلى هذا الخشب وغيره من الذرعيات وعلى هذا الموزونات التى فى تبعيضها ضرر بأن قال بعت منك هذه السبيكة من الذهب على انها مثقال بكذا فالبيع جائز ثم ان وجد على ماسمى فالامر ماض وان وجده أزيد أو أنقص فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى الذرعيات وعلى هذا اذا باع مصوغا من نحاس أو صفر أو ما أشبه ذلك على أن فيه كذا منا بكذا درهما فوجده أكثر أو أقل فهو على التفصيل الذى ذكرنا لان الوزن فى مثله يكون ملحقا بالصفة بمنزلة الذرع فى الذرعيات لان تبعيضه يوجب تعييب الباقى وهذا احد الصفة فى هذا الباب ولو باع مصوغا من الفضة على ان وزنه مائة بعشرة دنانير ولم يسم لكل عشرة ثمنا على حدة بان قال بعشرة دنانير ولم يقل كل وزن عشرة بدينار وتقابضا وافترقا فالبيع جائز ثم ان وجده على ماسمى فالامر ماض ولا خيار وان وجده أزيد بان كان مائتى درهم مثلا فالكل للمشترى بعشرة دنانير ولا يزاد فى الثمن شئ لان الزيادة فيه بمنزلة الصفة والصفات المحضة لا يقابلها الثمن وان وجده تسعين أو ثمانين فهو بالخيار على ماذكرنا وان سمى لكل عشرة ثمنا على حدة بان قال بعت منك على ان وزنه مائة بعشرة دنانير كل

وزن عشرة بدينار وتقابضا فالبيع جائز ثم ان وجده على ماسمى فالامر ماض ولا خيار وان وجد وزنه أزيد بان كان مائة وخمسين نظر فى ذلك ان علم ذلك قبل التفرق فله الخيار ان شاء زاد فى الثمن خمسة دنانير وأخذ كله بخمسة عشر دينارا وان شاء ترك لان ساعات المجلس لها حكم ساعة العقد وان علم بعد التفرق بطل البيع فى ثلث المصوغ لانعدام التقابض فيه وله الخيار فى الباقى ان شاء رضى به بعشرة دنانير وان شاء رد الكل واسترد الدنانير لان الشركة فى الاعيان عيب وان وجد وزنه خمسين وعلم ذلك قبل التفرق أو بعده فله الخيار ان شاء رده وان شاء رضى به واسترد من الثمن خمسة دنانير وكذلك لو باع مصوغا من ذهب بدراهم فهو على هذا التفصيل ولو باع مصوغا من الفضة بجنسها أو باع مصوغا من الذهب بجنسه مثل وزنه على ان وزنه مائة بمائة ثم وجده أزيد مما سمى فان علم بالزيادة قبل التفرق فله الخيار ان شاء زاد فى الثمن قدر وزن الزيادة وأخذ الكل وان شاء ترك لان المجلس له حكم حالة العقد وان علم بها بعد التفرق بطل البيع فى الزيادة لان التقابض شرط بقاء الصرف على الصحة ولم يوجد فى قدر الزيادة وان وجد أقل مما سمى فله الخيار ان شاء رضى بحصته من الثمن واسترد فضل الثمن وان شاء رد الكل واسترد جميع الثمن سواء سمى الجملة أو سمى لكل وزن درهم درهما لان عند اتحاد الوزن والجنس لا يجوز البيع الا سواء بسواء فصار كانه سمى ذلك وان لم يسم حقيقة الا الجملة (وأما) العدديات المتفاوتة كالغنم والعبيد ونحوها بان قال بعت منك هذا القطيع من الغنم على انها مائة شاة بكذا فان وجده على ماسمى فالبيع جائز وان وجده أزيد فالبيع فاسد فى الكل سواء ذكر للكل ثمنا واحدا بان قال بعت منك هذا القطيع على انها مائة شاة بألف درهم أو ذكر لكل شاة فيها ثمنا على حدة بأن قال كل شاة بعشرة دراهم لان كل شاة أصل فى كونها معقودا عليها والزيادة لم تدخل تحت العقد لانه لا يقابلها ثمن فلم تكن مبيعة وهى مجهولة فكان الباقى مجهولا ضرورة جهالة الزيادة فيصير بائعا مائة شاة من مائة شاة وواحدة فكان المبيع مجهولا وجهالة المبيع تمنع صحة البيع سمى له ثمنا أو لم يسم وان وجده أقل مما سمى فان كان لم يسم لكل واحدة منها ثمنا فالبيع فاسد لان الثمن مجهول لانه يحتاج الى طرح ثمن شاة واحدة من جملة الثمن المسمى وهو مجهول التفاوت فاحش بين شاة وشاة فصار ثمن الباقى مجهولا ضرورة جهالة حصة الشاة الناقصة وان سمى لكل واحدة منها ثمنا على حدة فالبيع جائز بحصة الباقى منها لان حصته الزائدة معلومة وحصة الباقى معلوم فالفساد من أين من أصحابنا من قال هذا مذهبهما فاما عند أبى حنيفة عليه الرحمة فالبيع فاسد فى الكل بناء على أن المذهب عنده ان الصفقة اذا أضيفت الى ما يحتمل العقد والى ما لا يحتمله فالفساد يشيع فى الكل وأكثر أصحابنا على ان هذا بلا خلاف وهكذا ذكر فى الاصل ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح لان العقد المضاف الى موجود يجوز أن يفسد لمعنى يوجب الفساد ثم يتعدى الفساد الى غيره وأما المعدوم فلا يحتمل العقد أصلا لانه ليس بشئ فلا يوصف العقد المضاف اليه بالفساد ليتعدى الى غيره بل لم تصح الاضافة اليه فيبقى مضافا الى الموجود فيصح لكن للمشترى الخيار ان شاء أخذ الباقى بما سمى من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه وعلى هذا جميع العدديات المتفاوتة ولو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم على انها مائة كل شاتين منها بعشرين درهما فالبيع فاسد وان وجده على ماسمى لان ثمن كل واحدة من الشاتين مجهول لانه لا يعرف حصة كل شاة منهما من الثمن الا بعد ضم شاة أخرى اليها ولا يعلم اية شاة يضم اليها ليعلم حصتها لانه ان ضم اليها اردأ منها كانت حصتها أكثر وان ضم اليها أجود منها كانت حصتها أقل لذلك فسد البيع والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج قول أبى حنيفة رحمه الله فيمن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من هذه الدار أو من هذا الحمام أو من هذه الارض ان البيع فاسد وقال أبو يوسف ومحمد جائز ولو باع عشرة أسهم من مائة سهم جاز بالاجماع والكلام فيه يرجع الى معرفة معنى الذراع فقالا انه اسم فى العرف للسهم الشائع ولو باع عشرة أسهم من مائة سهم من هذه الاشياء جاز فكذا هذا وأبو حنيفة رحمه الله يقول الذراع فى الحقيقة اسم لما يذرع به وانما سمى المذروع ذراعا مجازا اطلاقا لاسم الفعل على المفعول فكان

بيع عشرة أذرع من دار معناه بيع قدر عشرة أذرع مما يحله الذراع الحقيق لانه لا يحل الا محلا معينا فكان المبيع قدر عشرة أذرع معين من الدار وهو الذى يحله الذراع الحقيق وذلك مجهول فى نفسه قبل الحلول فكان المبيع مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فيوجب فساد البيع بخلاف السهم لانه اسم للشائع وهو جزء معلوم من الثلث والربع والعشر ونحو ذلك فبيع عشرة أسهم من مائة سهم من الدار هو بيع عشرة أجزاء من مائة جزء منها وهو عشرها فقد باع جزأ معلوما منها فيجوز بخلاف الذراع فان قدر عشرة أذرع لا يصير معلوما الا بالحلول على ما مر فقبله يكون مجهولا فكان المبيع مجهولا فلم يصح فوضح الفرق بينهما لابى حنيفة وعلى هذا يخرج ضربة الغائص وهو أن يقول الغائص للتاجر اغوص لك غوصة فما أخرجته فهو لك بكذا وهو فاسد لان المبيع مجهول وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ضربة الغائص وعلى هذا يخرج أجناس هذه المسائل و بيع رقبة الطريق وهبته منفردا جائز و بيع مسيل الماء وهبته منفردا فاسد (ووجه) الفرق ان الطريق معلوم الطول والعرض فكان المبيع معلوما فجاز بيعه بخلاف المسيل فانه مجهول القدر لان القدر الذى يشغل الماء من النهر غير معلوم فكان المبيع مجهولا فلم يجز (وأما) العلم باوصاف المبيع والثمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات والجهل بها هل هو مانع من الصحة قال أصحابنا ليس بشرط الصحة والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكنه شرط اللزوم فيصح بيع ما لم يره المشترى لكنه لا يلزم وعند الشافعى رحمه الله كون المبيع معلوم الذات والصفة من شرائط الصحة حتى لا يجوز بيع ما لم يره المشترى عنده (وجه) قوله ان جهالة الذات انما منعت صحة العقد لافضائها الى المنازعة لان الاعيان تختلف رغبات الناس فيها لاختلاف ماليتها فالبائع اذا سلم عينا فمن الجائز أن يطلب المشترى عينا أخرى أجود منها باسم الاولى فيتنازعان وجهالة الوصف مفضية الى المنازعة أيضا لان الغائب عن المجلس اذا أحضره البائع فمن الجائز أن يقول المشترى هذا ليس عين المبيع بل مثله من جنسه فيقعان فى المنازعة بسبب عدم الرؤية ولان عدم الرؤية يوجب تمكن الغرر فى البيع ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وبيان تمكن الغرر ان الغرر هو الخطر وفى هذا البيع خطر من وجوه أحدها فى أصل المعقود عليه والثانى فى وصفه لان دليل الوجود اذا كان غائبا هو الخبر وخبر الواحد يحتمل الصدق والكذب فيتردد المعقود عليه بأصله ووصفه بين الوجود والعدم والثالث فى وجود التسليم وقت وجوبه لان وقت الوجوب وقت نقد الثمن وقد يتفق النقد وقد لا يتفق والغرر من وجه واحد يكفى لفساد العقد فكيف من وجوه ثلاثة وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا تبع ما ليس عندك وعند كلمة حضرة والغيبة تنافيها والخلاف فى البيع والشراء خلاف واحد (ولنا) عمومات البيع من غير فصل ونص خاص وهو ما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال من اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه ولا خيار شرعا الا فى بيع مشروع ولان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محل هو خالص ملكه فيصح كشراء المرئى وهذا لان وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعا لصدوره من أهله وحلوله فى محله وقوله جهالة الوصف تفضى الى المنازعة ممنوع لانه صدقه فى خبره حيث اشتراه فالظاهر انه لا يكذبه ودعوى الغرر ممنوعة فان الغرر هو الخطر الذى استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك وههنا ترجح جانب الوجود على جانب العدم بالخبر الراجح صدقه على كذبه فلم يكن فيه غرر على انا ان سلمنا ان الغرر اسم لمطلق الخطر لكن لم قلتم ان كل غرر يفسد العقد وأما الحديث فيحتمل أن يكون الغرر هو الخطر ويحتمل أن يكون من الغرور فلا يكون حجة مع الاحتمال أو نحمله على الغرر فى صلب العقد بالتعليق بشرط أو بالاضافة الى وقت عملا بالدلائل كلها وأما الحديث الثانى فيحتمل أن يكون المراد منه بيع ما ليس بمملوك له عن نفسه لا بطريق النيابة عن مالكه أو بيع شئ مباح على أن يستولى عليه فيملكه فيسلمه وهذا وافق ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال بيع السمك فى الماء غرر وعلى هذا الخلاف اذا باع شيأ لم يره البائع انه يجوز عندنا وعنده لا يجوز واذا جاز عندنا فهل يثبت الخيار للبائع فعن أبى حنيفة روايتان نذكر ذلك فى موضعه ان شاء الله

تعالى وعلى هذا الخلاف شراء الاعمى و بيعه جائز عندنا وقال الشافعي اذا ولد أعمى لا يجوز بيعه وشراؤه وان كان بصيراً فرأى الشيء ثم عمي فاشتراه جاز وما قاله مخالف للحديث والاجماع (اما) الاول فانه روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه ان النبي عليه الصلاة والسلام حين قال لحبان بن منقذ اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام وكان حبان ضريراً (وأما) الاجماع فان العميان في كل زمان من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يمنعوا من بياعاتهم وأشريتهم بل بايعوا في سائر الاعصار من غير انكار واذا جاز شراؤه و بيعه فله الخيار فيما اشترى ولا خيار له فيما باع في أصح الروايتين كالبصير ثم بماذا يسقط خياره نذكره في موضعه وعلى هذا الخلاف اذا اشترى شيأ مغيباً في الارض كالجزر والبصل والفجل ونحوها انه يجوز عندنا وعنده لا يجوز و يثبت له الخيار اذا قلعه وعنده لا يجوز أصلا وأما بيان ما يحصل به العلم بالمبيع والثمن فنقول العلم بالمبيع لا يحصل الا بالاشارة اليه لان التعيين لا يحصل الا بها الا اذا كان دينا كالمسلم فيه فيحصل العلم به بالتسمية والعلم بالثمن لا يحصل الا بالتسمية والاشارة اليه عندنا مجاز عن تسمية جنس المشار اليه ونوعه وصفته وقدره على ما يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى غير ان المبيع ان كان أصلا لا بد من الاشارة اليه بطريق الاصالة ليصير معلوماً وان كان تبعاً يصير معلوماً بالاشارة الى الاصل لان البيع كما لا يفرد بعلة على حدة لا يفرد بشرط على حدة اذ لو أفرد لانقلب أصلا وهذا قلب الحقيقة وبيان ذلك في مسائل اذا باع جارية حاملا من غير مولاها أو بهيمة حاملا دخل الحمل في البيع تبعاً للام كسائر أطرافها وان لم يسمه ولا أشار اليه ولو باع عقاراً دخل ما فيها من البناء والشجر بنفس البيع ولا يدخل الزرع والثمر الا بقرينة وجملة الكلام في بيع العقار ان المبيع لا يخلو من أن يكون أرضاً أو كرماً أو داراً أو منزلا أو بيتاً وكل ذلك لا يخلو اما ان لم يذكر في بيعه الحقوق ولا المرافق ولا ذكر كل قليل وكثير منها واما ان ذكر شيأ من ذلك فان كان المبيع أرضاً ولم يذكر شيأ من القرائن دخل ما فيها من الابنية والاشجار ولم يدخل الزرع والثمار عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله ثمار سائر الاشجار كذلك وكذلك ثمر النخل اذا أبر فاما اذا لم يؤبر يدخل واحتج بما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع قيد عليه الصلاة والسلام ملك البائع في الثمرة بوصف التأبير ولو لم يكن يختلف الحكم لم يكن للتقييد فائدة (ولنا) ما روي عن محمد رحمه الله في كتاب الشفعة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا أن يشترطها المبتاع جعل عليه الصلاة والسلام الثمرة للبائع مطلقا عن وصف وشرط فدل ان الحكم لا يختلف بالتأبير وعدمه ولان النخل اسم لذات الشجرة فلا يدخل ما عداه الا بقرينة زائدة ولهذا لم يدخل ثمار سائر الاشجار ولا حجة له فيما روي لان تقييد الحكم بوصف لا يدل على أن الحكم في غير الموصوف بخلافه بل يكون الحكم فيه مسكوتا موقوفا على قيام الدليل وقد قام وهو ما روينا ولا يحمل المطلق على المقيد عندنا لما فيه من ضرب النصوص بعضها في بعض وهذا لا يجوز لما عرف في أصول الفقه وكذلك ان كان كرما يدخل في بيعه ما فيه من الزراعة والعرايش والحوائط من غير ذكر قرينة ولا تدخل الفواكه والبقول والاصل ان كل ما ركب في الارض يدخل وما لم يركب فيها أو ركب لا للبقاء بل لوقت معلوم لا يدخل وكذا يدخل الطريق الى الطريق الاعظم والطريق الى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة وان ذكر شيأ من القرائن فان ذكر الحقوق أو المرافق دخل فيها الشرب ومسيل الماء والطريق الخاص الذي يكون في ملك انسان وهو حق المرور في ملكه ولا يدخل الزرع والثمر لانها أعيان قائمة بنفسها فلا يتناولها اسم الحقوق والمرافق بخلاف الشرب والمسيل والتطرق فانها عبارة عن حق الشرب والسقي والتسييل والمرور فيتناولها الاسم وان ذكر القليل والكثير بان قال بعتها منك بكل قليل وكثير هو فيها ومنها فهل يدخل الزرع والثمر ينظر ان قال في آخره من حقوقها فلا يدخلان لان قوله من حقوقها خرج تفسيرا لاول الكلام فكانه نص على البيع بحقوقها وان لم يقل في آخره من حقوقها دخل فيه الزرع والثمر وكل ما كان متصلا به لان اسم القليل والكثير فيه ومنه يتناول ذلك وأما المنفصل عنها كالثمار المجذوذة والزرع المحصود والحطب

واللبن

واللبن والقصب الموضوع فلا يدخل فى البيع الا بالتسمية فرق بين البيع والاجارة ان الشرب والمسيل والطريق الخاص فى ملك انسان يدخل فى الاجارة من غير ذكر الحقوق والمرافق وفى البيع لا يدخل بدونه والقياس ان لا يدخل فى البابين جميعا الا بالتسمية الا أنهم استحسنوا فى الاجارة لانها تعقد للانتفاع بالمستأجر ولا يمكن الانتفاع به بدون الحقوق فصارت الحقوق مذكورة بذكر المستأجر دلالة بخلاف البيع فانه يعقد للملك والانتفاع ليس من ضرورات الملك فانه يثبت الملك فيما لا ينتفع به وكذا فرق بين البيع والرهن فان من رهن عند رجل أرضا فيها زرع وأشجار عليها ثمار وسلمها اليه أنه يدخل فى الرهن كل ما كان متصلا بها من غير تسمية الحقوق والقليل والكثير (ووجه) الفرق ان تمييز الرهن من غيره شرط صحة الرهن على ماذكر فى كتابه فتى أقدما على عقد الرهن فقد قصدا صحته ولا صحة له الا بدخول ما كان متصلا بالمرهون فدخل فيه تصحيحا للتصرف اذ لا صحة له بدونه بخلاف البيع فان تمييز المبيع من غيره ليس بشرط لصحة البيع فلا ضرورة فى الدخول بغير التسمية فلا يدخل بدونها هذا اذا كان المبيع أرضا أو كرما فان كان دارا يدخل فى بيعها جميع ما كان منها من بيت ومنزل وعلو وسفل و جميع ما تجمعه الحدود الاربعة من غير ذكر قرينة وتدخل أغاليق الدار ومفاتيح أغاليقها أما الاغاليق فلانها ركبت للبقاء لا لوقت معلوم فتدخل كالميزاب وأما المفاتيح فلان مفتاح الغلق من الغلق ألا ترى انه لو اشترى الغلق دخل المفتاح فيه من غير تسمية فيدخل فى البيع بدخول الغلق و يدخل طريقها الى طريق العامة وطريقها الى سكة غير نافذة كما يدخل فى الارض والكرم و يدخل الكنيف والشارع والجناح كل ذلك يدخل من غير قرينة وهل تدخل الظلة ينظر ان لم يكن مفتحها الى الدار لا تدخل بالاتفاق وان كان مفتحها الى الدار لا تدخل أيضا عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تدخل (وجه) قولهما أن الظلة اذا كانت مفتحها الى الدار كانت من أجزاء الدار فتدخل ببيع الدار كالجناح والكنيف ولابى حنيفة ان ظلة الدار خارجة عن حدودها فانها اسم لما يظل عند باب الدار خارجا منها فلا تدخل تحت بيع الدار كالطريق الخارج و بهذا لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل ظلتها لا يحنث وأما ما كان لها من بستان فينظر ان كان داخل حد الدار يدخل وان كان يلى الدار لا يدخل من غير تسمية وقال بعضهم ان كانت الدار صغيرة يدخل وان كانت كبيرة لا يدخل لانها اذا كانت صغيرة يمكن أن يجعل تبعا للدار واذا كانت كبيرة لا يمكن وقال بعضهم يحكم الثمن فان صلح لهما يدخل والا فلا يدخل وأما مسيل الماء والطريق الخاص فى ملك انسان وحق القاء الثلج فان ذكر الحقوق والمرافق يدخل وكذا ان ذكر كل قليل وكثير هو فيها ومنها سواء ذكر فى آخره من حقوقها أو لم يذكر وتدخل الظلة أيضا بلا خلاف اذا كان مفتحها الى الدار واذا كان المبيع بيتا فيدخل فى بيعه حوائطه وسقفه وبابه والطريق الى الطريق العامة والطريق الى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة وأما الطريق الخاص فى ملك انسان فلا يدخل الا بذكر أحد القرائن الثلاث ولا يدخل بيت العلو ان كان على علوه بيت وان ذكر القرائن لان العلو بيت مثله فكان أصلا بنفسه فلا يكون تبعا له وان لم يكن على علوه بيت كان له أن يبنى على علوه وان كان البيت فى داره فباعه من رجل لا يدخل فى البيع طريقه فى الدار الا بذكر الحقوق ثم ان كان البيت يلى الطريق الاعظم يفتح له بابا اليه وان كان لا يلى الطريق الاعظم لا يبطل البيع وله أن يستأجر الطريق اليه أو يستعير من صاحب الدار فرق بين هذا و بين القسمة اذا أصاب أحد الشريكين فى الدار بيت أو منزل أو ناحية منها بغير طريق انه ينظر ان أمكنه فتح الباب الى الطريق ليس له أن يتطرق فى نصيب شريكه سواء ذكر وا فى القسمة الحقوق والمرافق أولا وكذا اذا كان مسيل مائه فى نصيب شريكه قبل القسمة انقطع ذلك الحق ان أمكنه تسييل فى نصيب نفسه ليس له أن يسيل فى نصيب شريكه وان لم يمكنه تسييل الماء ولا فتح الباب فى نصيب نفسه و يمكنه ذلك فى نصيب شريكه فانه ينظر ان ذكر وا فى القسمة الحقوق أو المرافق فالطريق والمسيل يدخلان فى القسمة ولا تبطل القسمة وان لم يذكروا ذلك فلا يدخلان وتبطل القسمة (ووجه) الفرق أن القسمة لتتميم المنفعة وتكميلها

فاذا أدت الى تفويتها بطلت والبيع للملك لا للانتفاع بالمملوك على ماذكرنا ويجوز بيع بيت العلو دون السفل
اذا كان على العلو بناء وان لم يكن عليه بناء لا يجوز لانه بيع الهواء على الانفراد وانه لا يجوز ثم اذا باع العلو وعليه بناء
حتى جاز البيع فطريقه فى الدار لا يدخل الطريق الا بذكر الحقوق ويجوز بيع السفل سواء كان مبنيا أو غير مبنى
لانه بيع الساحة وذلك جائز وان لم يكن عليه بناء وان كان المبيع منزلا يدخل فى بيعه بيت السفل ولا يدخل بيت العلو
ولا الطريق الخاص الا بذكر الحقوق أو المرافق أو بذكر القليل والكثير لان المنزل أعم من البيت وأخص من الدار
فكان بين الدار والبيت فيعطى له حكم بين حكمين فلم يدخل العلو فى بيع المنزل من غير قرينة اعتبارا للخصوص
ويدخل فيه بقرينة اعتبار العموم عملا بالجهتين بقدر الامكان والله سبحانه وتعالى أعلم ثم اذا لم تدخل الثمرة بنفس
البيع يجبر البائع على قطعها من الشجرة وليس له أن يتركها على الشجرة الى وقت الادراك وكذا الزرع عندنا وعند
الشافعى لا يجبر وله أن يترك الثمرة على الشجرة الى وقت الادراك ويترك الزرع الى أن يستحصد (وجه) قوله ان الجبر
على القطع والقلع لوجوب التسليم ووقت وجوب التسليم هو وقت الادراك لانه لا يقطع ولا يقلع الا بعد الادراك
عادة فلا يجب عليه التسليم قبله كما اذا انقضت مدة الاجارة والزرع لم يستحصد أنه لا يجبر على القلع بل يترك الى أن
يستحصد (ولنا) ان البيع يوجب تسليم المبيع عقيبه بلا فصل لانه عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم
فالقول بتأخير التسليم يغير مقتضى العقد وقوله العادة ان الثمرة تترك على الشجرة الى وقت الادراك قلنا العادة هذا
قبل البيع أما بعده فممنوع بل تقطع بعده ولا تترك لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فلا بد من ازالة الشغل
وذلك بقطع الثمرة هكذا نقول فى مسئلة الاجارة انه يجب تسليم الارض عند انتهاء المدة وانما تترك باجارة جديدة
بأجرة أخرى وهذا حجة عليه لانه لو ترك بالعقد الاول لما وجبت أجرة أخرى وسواء أبر أو لم يؤبر بان كان المبيع
نخلا بعد ان ظهرت الثمرة من الشجرة وبانت منها ليس له أن يتركها على شجرة المشترى الا برضاه لما قلنا ولو تركها على
الشجرة الى أن أدركت فان كان الترك باذن المشترى طاب له الفضل وان كان بغير اذن المشترى ينظر ان كان قد
تناهى عظمها يطيب له الفضل أيضا لانها لا تزداد بعد ذلك بل تنتقص وان كان صغارا لم يتناه عظمها لا يطيب له الفضل
لانه تولد من أصل مملوك لغيره ولو استأجر البائع الشجرة ليترك الثمر عليها الى وقت الجذاذ لم تجز هذه الاجارة لان جواز
الاجارة مع ان القياس يأباها لكونها بيع المعدوم لتعامل الناس والناس ما تعاملوا هذا النوع من الاجارة كما لم يتعاملوا
استئجار الاشجار لتجفيف الثياب وتجفيف اللحم لكن لو فعل يطيب له الفضل لانه ترك باذن المشترى وهذا بخلاف
الاجارة اذا انقضت مدتها والزرع بقل لم يستحصد بعد ان يترك فيه الى وقت الحصاد بالاجرة لان الترك بالاجرة
هناك مما جرى به التعامل فكان جائزا هذا اذا لم يسم الثمرة فى بيع الشجر فأما اذا سمى دخل الثمر مع الشجر فى البيع
وصار للثمرة حصة من الثمن وينقسم الثمن عليها يوم العقد لانه لما سماها فقد صارت مبيعا مقصودا لورود فعل البيع عليه
حتى لو هلك الثمر قبل القبض بآفة سماوية أو بفعل البائع تسقط حصته من الثمن عن المشترى كما لو هلك الشجر قبل
القبض والمشترى بالخيار ان شاء أخذ الشجر بحصته من الثمن وان شاء ترك لان الصفقة تفرقت عليه ولو جذه البائع
والجذ وقائم بعينه ينظر ان جذه فى حينه ولم ينقصه الجذاذ فلا خيار للمشترى ويقبضهما بجميع الثمن ولو قبضهما بعد
جذاذ البائع ثم وجد بأحدهما عيبا له ان يرد المعيب خاصة لانه قبضهما وهما متفرقان وقت القبض فصارا كأنهما
كانا متفرقين وقت العقد بخلاف ما اذا جذه المشترى بعد القبض ثم وجد بأحدهما عيبا أنه ليس له أن يرد المعيب خاصة
بل يردهما جميعا أو يمسكهما لانهما كانا مجتمعين عند البيع وعند القبض جميعا فافراد أحدهما بالرد يكون تفريق
الصفقة بعد وقوعها مجتمعة وهذا لا يجوز هذا اذا لم ينقصه الجذاذ بأن جذه البائع فى حينه وأوانه فأما اذا نقصه بأن
جذه فى غير حينه تسقط عن المشترى حصة النقصان لانه لما نقصه الجذاذ فقد أتلف بعض المبيع قبل القبض
فتسقط عن المشترى حصته من الثمن وله الخيار فى الباقى لتفرق الصفقة عليه واذا قبضهما المشترى بعد جذاذ البائع ثم

وجد

وجد باحدهما عيباً له أن يرد المعيب خاصة لانه قبضهما وهما متفرقان فصارا كانهما كانا متفرقين عند العقد وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى شجرة أنه هل يدخل في شرائها أصلها وعروقها وأرضها فجملة الكلام فيه أن هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان اشتراها بغير أرضها للقلع (واما) ان اشتراها بقرارها من الارض للترك لا للقلع (واما) ان اشتراها ولم يذكر شيأ فان اشتراها بغير أرضها للقلع دخل فيها أصلها ويجبر المشترى على القلع وله أن يقلعها بأصلها لكن قلعاً معتاداً متعارفاً وليس له أن يحفر الارض الى ما يتناهى اليه العروق لان المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط الا اذا شرط البائع القطع على وجه الارض فلا يدخل فيه أصلها أو لم يشترط لكن في القطع من أصلها ضرر بالبائع بأن كان بقرب حائطه أو على حافة نهره فيخاف الخلل على الحائط أو الشق في النهر فقطعها على وجه الارض دون أصلها لان الضرر لا يستحق بالعقد فان قلع أو قطع ثم نبت من أصلها أو عروقها شجرة أخرى فهي للبائع لا للمشترى لانه رضى أن يكون المبيع القدر المقطوع فيكون الباقي للبائع الا اذا قطع من أعلى الشجرة فالنابت يكون للمشترى لانه نماء ملكه وان اشتراها بقرارها من الارض للترك لا للقلع فيدخل فيها أرضها ولا يجبر على القلع لانه ملك الشجرة مع موضعها فلم يكن ملك البائع مشغولا به فلا يملك اجباره على القلع وله أن يغرس مكانها أخرى لانه يغرس في ملك نفسه (وأما) اذا اشتراها من غير شرط القلع ولا الترك لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وذكر في غير رواية الاصول اختلافا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فقال على قول أبي يوسف لا تدخل الارض في البيع وعلى قول محمد تدخل (وجه) قول محمد ان المسمى في البيع هو الشجرة وهي اسم للقائم على أرضها بعروقها فاما بعد القلع فهي خشب لا شجر فلا بد وأن تدخل الارض فيه ولهذا دخلت في الاقرار بالاجماع بأن أقر لرجل بشجر في أرضه حتى كانت الشجرة مع أرضها للمقر له كذا هذا ولابي يوسف ان الارض أصل والشجرة تابعة لها ألا ترى انها تدخل في بيع الارض من غير شرط تبعاً للارض فلو دخلت في بيع الشجرة لاستتبع التبع الاصل وهذا قلب الحقيقة وانما دخلت في الاقرار بالشجرة لان الاقرار اخبار عن كائن فلا بد من كون سابق على الاقرار وهو قيامها في الارض التي هي قرارها وذلك دليل كون الارض للمقر له بسبب سابق فكان الاقرار بكون الشجرة له اقرارا بكون الارض له أيضاً ومثل هذه الدلالة لم توجد في البيع فلا يدخل والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى صدفة فوجد فيها لؤلؤة فهي للمشترى لانها تتولد من الصدفة بمنزلة البيضة تتولد من الدجاجة فكانت بمنزلة أجزائها فتدخل في بيعها كما تدخل البيضة في بيع الدجاجة وكذلك اذا اشترى سمكة فوجد فيها لؤلؤة لان السمك يأكل الصدفة فصار كما لو اشترى سمكة فوجد فيها سمكة أخرى ان الثانية تكون له ولو اشترى دجاجة فوجد فيها لؤلؤة فهي للبائع لان اللؤلؤ لا يتولد من الدجاج ولا هو من علفها فلا يدخل في بيعها وروى عن أبي يوسف رحمه الله ان كل شيء يوجد في حوصلة الطير ان كان مما يأكله الطير فهو للمشترى لانه يكون بمنزلة العلف له وان كان مما لا يأكله الطير فهو للبائع وعلى هذا يخرج ما اذا باع رقيقاً وله مال ان ماله لا يدخل في البيع ويكون للبائع الا ان يشترطه المبتاع لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا أن يشترط المبتاع وهذا نص في الباب ولان العبد وما في يده لمولاه لانه مملوك لا يقدر على شيء والمولى ما باع ما في يد العبد لان الداخل تحت البيع هو العبد فلا يدخل في بيعه ما ليس منه والقياس أن لا تدخل ثياب بدنه كما لا يدخل اللجام والسرج والعذار في بيع الدابة لما قلنا لكنهم استحسنوا في ثياب البذلة والمهنة وهي التي يلبسها في اليوم والليلة لتعامل الناس وتعارفهم وأما الثياب النفيسة التي لا يلبسها الا وقت العرض للبيع فلا تدخل في البيع لانعدام التعارف في ذلك فبقي على أصل القياس وهذا مما يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم في كل بلد فيبنى الامر فيه على ذلك وكذا لو أعتق عبده على مال فماله لمولاه لما قلنا وكذا لو أعتق مدبره أو أم ولده لانه مرقوق مملوك فلا يكون له مال ولو كاتب عبده فما كان له من المال وقت الكتابة يكون لمولاه لانه كسب القن وما اكتسب بعد الكتابة يكون له لانه كسب المكاتب ولانه حر يداً فكان كسبه له والله سبحانه وتعالى أعلم

(ومنها) أن يكون مقدورالتسليم من غيرضرر يلحق البائع فان لم يمكن تسليمه الا بضرر يلزمه فالبيع فاسدلان الضرر لا يستحق بالعقد ولا يلزم بالتزام العاقد الا ضرر تسليم المعقود عليه فاما ماوراءه فلا وعلى هذا يخرج ما اذا باع جذعا له فى سقف أوآجرا له فى حائط أوذراعا فى ديباج أوكرباس أنه لا يجوز لانه لا يمكنه تسليمه الا بالنزع والقطع وفيه ضرر بالبائع والضرر غيرمستحق بالعقد فكان هذا على هذا التقدير بيع ما لا يجب تسليمه شرعا فيكون فاسدا فان نزعه البائع أوقطعه وسلمه الى المشترى قبل أن يفسخ المشترى البيع جاز البيع حتى يجبر المشترى على الاخذ لان المانع من الجواز ضرر البائع بالتسليم فاذا سلم باختياره ورضاه فقد زال المانع فجاز البيع ولزم فرق بين هذا وبين بيع الالية فى الشاة الحية والنوى فى التمر والزيت فى الزيتون والدقيق فى الحنطة والبزر فى البطيخ ونحوها أنه لا ينعقد أصلا حتى لو سلم لم يجز وقد ذكرنا وجه الفرق فيما تقدم والاصل المحفوظ ان ما لا يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال ثابت بأصل الخلقة فبيعه باطل وما لا يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال عارض فبيعه فاسد الا ان يقطع باختياره ويسلم فيجوز والقياس على هذا الاصل ان يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لانه يمكن تسليمه من غير ضرر يلزمه بالجز الا انهم استحسنوا عدم الجواز للنص وهو ما روى عن عبدالله بن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الجز من أصله لا يخلو عن الاضرار بالحيوان وموضع الجز فيما فوق ذلك غير معلوم فتجرى فيه المنازعة فلا يجوز ولو باع حلية سيف فان كان يتخلص من غير ضرر يجوز وان كان لا يتخلص الا بضرر فالبيع فاسد الا اذا فصل وسلم وعلى هذا بناء بين رجلين والارض لغيرهما فباع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو نقض البناء وكذا زرع بين رجلين أوثمار بينهما فى أرض لهما حق الترك فيها الى وقت الادراك فباع أحدهما نصيبه قبل الادراك لم يجز لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر صاحبه لانه يجبر على القلع للحال وفيه ضرر به ولو باع بعد الادراك جاز لانعدام الضرر وكذا اذا كان الزرع كله لرجل ولم يدرك فباع الزرع لم يجز لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع الكل وفيه ضرر ولو كان بعد الادراك جاز لانعدام الضرر دار أوأرض بين رجلين مشاع غير مقسوم فباع أحدهما بيتا منها بعينه قبل القسمة أو باع قطعة من الارض بعينها قبل القسمة لم يجز لا فى نصيبه ولا فى نصيب صاحبه أما فى نصيبه خاصة فظاهر وأما فى نصيب صاحبه فلان فيه اضرارا بصاحبه باحداث زيادة شركة ولو باع جميع نصيبه من الدار والارض جاز لانه لم يحدث زيادة شركة وانما قام المشترى مقام البائع ولو باع اللؤلؤة فى الصدفة ذكر الكرخى رحمه الله انه لا يجوز لانه لا يمكن تسليمها الا بشق الصدفة وانه ضرر فيما وراء المعقود فصار كبيع الجذع فى السقف وروى عن أبى يوسف انه يجوز لانه لا يتضرر بشق الصدفة لان الصدف لا ينتفع به الا بالشق ولو باع قفيزا من هذه الصبرة أوعشرة دراهم من هذه النقرة جاز لانه لا يتضرر بالفصل والتمييز وكذا لو باع القوائم على رؤس الاشجار أو باع الثمار على رؤس الاشجار بشرط القطع أومطلقا جاز لما قلنا وكذا لو باع بناء الدار دون العرصة أوالاشجار القائمة على الارض دون الارض أوالزرع أوالبقول القائمة قبل الجذاذ انه يجوز لانه يمكنه تسليم هذه الاشياء من غير ضرر والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الخلو عن الشروط الفاسدة وهى أنواع منها شرط فى وجوده غرر نحو ما اذا اشترى ناقة على انها حامل لان المشروط يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للحال لان عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارض داء أوغيره فكان فى وجوده غرر فيوجب فساد البيع لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وغرر والمنهى عنه فاسد وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رضى الله عنهما ان البيع بهذا الشرط جائز لان كونها حاملا بمنزلة شرط كون العبد كاتبا أوخياطا ونحو ذلك وذا جائز فكذا هذا ولو اشترى جارية على انها حامل لارواية فيه عن أصحابنا واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز البيع قياسا على البهائم واليه أشار محمد رحمه الله فى البيوع فانه قال لو باع وتبرأ من حملها جاز البيع وليس هذا كالشرط وظاهر قوله وليس هذا كالشرط يشير الى ان شرط الحبل فيه مفسد وقال بعضهم يجوز لان الحبل فى الجوارى عيب بدليل أنه لو اشترى

جارية فوجدها حاملا له أن يردها فكان ذكر الحبل فى الجوارى ابراء عن هذا العيب بخلاف البهائم لان الحبل فيها زيادة الا ترى أنه لو اشترى بهيمة فوجدها حاملا ليس له حق الرد فكان ذكر الحبل فيها شرطا فى وجوده غرر فيفسد البيع وبعضهم فصل فيه تفصيلا فقال ان اشتراها ليتخذها ظئرا فالبيع فاسد لانه شرط زيادة فى وجودها خطر وهى مجهولة أيضا فاشبه اشتراط الحبل فى بيع الناقة وان لم يرد بالشراء ذلك جاز البيع لان ذكره يكون ابراء عن هذا العيب على ما بينا ولو اشترى ناقة وهى حامل على أنها تضع حملها الى شهر أو شهرين فالبيع فاسد لان فى وجود هذا الشرط غررا وكذا لو اشترى بقرة على أنها تحلب كذا كذا رطلا لما قلنا ولو اشترى بقرة على أنها حلوبة لم يذكر هذا فى ظاهر الرواية وروى الحسن فى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله أنه يجوز وهو قياس روايته فى شرط الحبل (ووجهه) ان شرط كونها حلوبة شرط زيادة صفة فاشبه شرط الطبخ والخبز فى الجوارى وروى ابن سماعة فى نوادره عن محمد رحمهما الله أنه لا يجوز وهو اختيار الكرخى رحمه الله (ووجهه) أن هذا شرط زيادة فيجرى فى وجودها غرر وهو مجهول وهو اللبن فلا يصلح شرطا فى البيع وكونها حلوبة ان كان صفة لها لكنها لا توصف به الا بوجود اللبن وفى وجوده غرر وجهالة على ماذكرنا فيوجب فساد البيع ولو اشترى بقرة على أنها لبون ذكر الطحاوى أن هذا الشرط لا يفسد البيع والجواب فيه كالجواب فى الحلوبة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى قمرية على أنها تصوت أو طيرا على أنه يجىء من مكان بعيد أو كبشا على أنه نطاح أو ديكا على أنه مقاتل فالبيع فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله وهو احدى الروايتين عن محمد رحمه الله لانه شرط فيه غرر والوقوف عليه غير ممكن لانه لا يحتمل الجبر عليه فصار كشرط الحبل ولان هذه صفات يتلهى بها عادة والتلهى محظور فكان هذا شرطا محظورا فيوجب فساد البيع وروى عن محمد رحمه الله أنه اذا باع قمرية على أنها تصوت فاذا صوتت جاز البيع لانها لما صوتت علم أنها مصوتة فلم يتحقق غرر العدم وعلى هذه الرواية قالوا فى المحرم اذا قتل قمرية مصوتة أنه يضمن قيمتها مصوتة ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها فالبيع فاسد لان التغنية صفة محظورة لكونها لهوا فشرطها فى البيع يوجب فساده ولو اشترى جارية على أنها مغنية على وجه اظهار العيب جاز البيع لان هذا بيع بشرط البراءة عن هذا العيب فصار كما لو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر فان وجدها لا تغنى لا خيار له لان الغناء فى الجوارى عيب فصار كما لو اشترى على أنه معيب فوجده سليما ولو اشترى كلبا أو فهدا على أنه معلم قال أبو يوسف يجوز البيع وهو احدى الروايتين عن محمد لان هذا شرط يمكن الوقوف عليه بان يأخذ المصيد فيمسكه على صاحبه وذا ليس بشرط محظور لان تعليم الكلب والاصطياد به مباح فاشبه شرط الكتابة فى العبد والطبخ فى الجارية وروى عن محمد أن البيع فاسد لانه شرط فيه غرر اذ لا يمكن الوقوف عليه الا بالاصطياد والجبر عليه غير ممكن ولو اشترى برذونا على أنه هملاج فالبيع جائز لانه شرط يمكن الوقوف عليه بالتسيير فلم يكن فى وجوده غرر ولا خطر أيضا وان شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطا على حدة وخرجتها اليه فقلت ومنها أن لا يكون المشروط محظورا فافهم (ومنها) شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشترى أو للمبيع ان كان من بنى آدم كالرقيق وليس بملائم للعقد ولا مما جرى به التعامل بين الناس نحو ما اذا باع دارا على أن يسكنها البائع شهرا ثم يسلمها اليه أو أرضا على أن يزرعها سنة أو دابة على أن يركبها شهرا أو ثوبا على أن يلبسه أسبوعا أو على أن يقرضه المشترى قرضا أو على أن يهب له هبة أو يزوج ابنته منه أو يبيع منه كذا ونحو ذلك أو اشترى ثوبا على أن يخيطه البائع قميصا أو حنطة على أن يطحنها أو ثمرة على أن يجذها أو ربطة قائمة على الارض على أن يجذها أو شيأ له حمل ومؤنة على أن يحمله البائع الى منزله ونحو ذلك فالبيع فى هذا كله فاسد لان زيادة منفعة مشروطة فى البيع تكون ربا لانها زيادة لا يقابلها عوض فى عقد البيع وهو تفسير الربا والبيع الذى فيه الربا فاسد أو فيه شبهة الربا وانها مفسدة للبيع كحقيقة الربا على ما نقرره ان شاء الله تعالى وكذا لو باع جارية على أن يدبرها المشترى أو على أن يستولدها فالبيع فاسد لانه شرط فيه منفعة للمبيع وأنه مفسد وكذا لو باعها بشرط أن يعتقها

المشترى فالبيع فاسد فى ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما أنه جائز و به أخذ الشافعى رحمه الله (ووجه) هذه الرواية أن شرط الاعتقاد مما يلائم العقد لان الاعتاق انهاء الملك وانهاء الملك تقريره فكان ملائما والدليل على أن الاعتاق انهاء للملك أن البيع ثبت مقتضى الامر بالاعتاق فى قول الرجل أعتق عبدك عنى على ألف درهم فاعتق حتى يقع العتق عن الآمر ولا عتق الا بالملك ولا ملك الا بالتمليك فلو كان الاعتاق ازالة الملك لما تصور وجود الاعتاق مقتضاه لانه ضده والشئ لا يقتضى ضده واذا كان انهاء الملك كان تقريرا له فكان ملائما للعقد فلا يوجب فساده ولظاهر الرواية وجهان أحدهما يعم الكل والثانى يخص أبا حنيفة عليه الرحمة أما الاول فهو ان شرط العتق شرط لا يلائمه العقد لان العقد يقتضى الملك والملك يقتضى اطلاق التصرف فى المملوك تحصيلا وتركا وشرط الاعتاق يقتضى الاستحقاق واللزوم لا محالة فلا يلائمه بل يضاده وأما الثانى فلان هذا الشرط يلائم العقد من وجه ولا يلائمه من وجه وهذا يوجب الفساد على ما نذكر تقريره ثم اذا باع بهذا الشرط فاعتقه المشترى انقلب العقد جائزا بالاعتاق عند أبى حنيفة استحسانا حتى يجب على المشترى الثمن سواء اعتقه بعد القبض أو قبله هكذا روى ابن شجاع عن أبى حنيفة رحمهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينقلب جائزا حتى تلزمه قيمة الجارية وهو القياس وهكذا روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله (ووجهه) ظاهر لان البيع وقع فاسدا من حين وجوده و بالاعتاق لا ينعدم الفساد بل يتقرر لانه انهاء للملك وأنه تقرير فيوجب تقرر الفساد للفاسد والفاسد يفيد الملك بالقيمة لا بالثمن ولهذا لو هلك العبد فى يده قبل الاعتاق تلزمه القيمة وكذا لو باعه من رجل أو وهبه فعليه قيمته كذا ههنا ولابى حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن شرط الاعتاق يلائم العقد من وجه ولا يلائمه من وجه لانه انهاء من وجه وازالة من وجه فمن حيث انه انهاء كان يلائمه لانه تقرير لكن من حيث انه ازالة لا يلائمه لانه تغيير موجب العقد فيجب العمل بالشبهين فعملنا بشبه الازالة فقلنا بفساد العقد فى الابتداء وعملنا بشبه الانهاء فقلنا بجوازه فى الانتهاء عملا بالشبهين بقدر الامكان فان قيل لم لا يعمل بهما على القلب مما قلتم قيل لانه لا يمكن لانا لم نجد جائزا انقلب فاسدا فى أصول الشريعة ووجدنا فاسدا انقلب جائزا كما فى بيع الرقم ونحوه بخلاف ما اذا باع أو وهب لان ذلك ليس انهاء الملك و بخلاف ما اذا باع بشرط التدبير أو الاستيلاد فدبرها المشترى أو استولدها أن البيع لا ينقلب الى الجواز لان التدبير والاستيلاد لا يوجبان انهاء الملك بيقين لاحتمال قضاء القاضى بجواز بيع المدبر و بجواز بيع أم الولد فى الجملة فكان ذلك شرطا لا يلائم العقد أصلا فاوجب لزوم الفساد وكذا لو باع عبدا أو جارية بشرط أن لا يبيعه وأن لا يهبه وأن لا يخرجه عن ملكه فالبيع فاسد لان هذا شرط ينتفع به العبد والجارية بالصيانة عن تداول الايدى فيكون مفسدا للبيع (وأما) فيما سوى الرقيق اذا باع ثوبا على أن لا يبيعه المشترى أو لا يهبه أو دابة على أن لا يبيعها أو يهبها أو طعاما على ان يأكله ولا يبيعه ذكر فى المزارعة ما يدل على جواز البيع فانه قال لو شرط أحد المزارعين فى المزارعة على أن لا يبيع الآخر نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل وهكذا روى الحسن فى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله وفى الاملاء عن أبى يوسف أن البيع بهذا الشرط فاسد (ووجهه) أنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرى به التعارف بين الناس فيكون مفسدا كما فى سائر الشرائط المفسدة والصحيح ما ذكر فى المزارعة لان هذا شرط لا منفعة فيه لاحد فلا يوجب الفساد وهذا لان فساد البيع فى مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة فى العقد لا يقابلها عوض ولم يوجد فى هذا الشرط لانه لا منفعة فيه لاحد الا أنه شرط فاسد فى نفسه لكنه لا يؤثر فى العقد فالعقد جائز والشرط باطل ولو باع ثوبا على أن يحرقه المشترى أو دارا على أن يخربها فالبيع جائز والشرط باطل لان شرط المضرة لا يؤثر فى البيع على ما ذكرنا ولو باع جارية على أن لا يطأها المشترى ذكر ذلك فى الاختلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله اختلافا ولم يذكر قول أبى حنيفة عليه الرحمة فقال البيع فاسد والشرط باطل عند أبى يوسف وعند محمد البيع جائز والشرط باطل ولو باع بشرط أن

يطأها جاز البيع والشرط فى قولهم جميعا وروى عن أبى حنيفة رحمه الله أن البيع فاسد فى الموضعين جميعا (وجه) قول محمد أن هذا شرط لا منفعة فيه لاحد فلا يؤثر فى فساد البيع كما لو باع ماسوى الرقيق على أن لا يبيع أولا يهب الا أنه نوع مضرة للمشترى فكان باطلا والبيع صحيحاً (وجه) قول أبى يوسف ان هذا شرط يخالف مقتضى العقد لان حل الوطء أمر يقتضيه العقد وهذا الشرط ينفيه بخلاف ما اذا باع بشرط أن يطأها لان ذلك شرط يقرر مقتضى العقد لان اباحة الوطء مما يقتضيه العقد ولابى حنيفة رحمه الله على ماروى عنه أن شرط الوطء مما لا يقتضيه العقد أيضا بل ينفيه لان البيع يقتضى الحل لا الاستحقاق وقضية الشرط الاستحقاق واللزوم وهما مما لا يقتضيه العقد بل ينفيه (وأما) الشرط الذى يقتضيه العقد فلا يوجب فساده كما اذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع أوباع بشرط أن تملك الثمن أو باع بشرط أن يحبس المبيع أو اشترى على أن يسلم المبيع أو اشترى جارية على أن تخدمه أو دابة على أن يركبها أوثوبا على أن يلبسه أوحنطة فى سنبلها وشرط الحصاد على البائع ونحو ذلك فالبيع جائز لان البيع يقتضى هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها فى معرض الشرط تقريرا لمقتضى العقد فلا توجب فساد العقد ولو اشترى شيأ بشرط أن يوفيه فى منزله فهذا لا يخلو اما أن يكون المشترى والبائع بمنزلهما فى المصر واما أن يكون أحدهما فى المصر والآخر خارج المصر فان كان كلاهما فى المصر فالبيع بهذا الشرط جائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف استحسانا الا اذا كان فى تصحيح هذا الشرط تحقيق الربا كما اذا تبايعا حنطة بحنطة وشرط أحدهما على صاحبه الايفاء فى منزله وعند محمد البيع بهذا الشرط فاسد وهو القياس لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمشترى فأشبه ما اذا اشترى بشرط الحمل الى منزله أو بشرط الايفاء فى منزله وأحدهما فى المصر والآخر خارج المصر (ولهما) ان الناس تعاملوا البيع بهذا الشرط اذا كان المشترى فى المصر فتركنا القياس لتعامل الناس ولا تعامل فيما اذا لم يكونا فى المصر ولا فى شرط الحمل الى المنزل فعملنا بالقياس فيه وكذلك الشرط الذى لا يقتضيه العقد لكنه ملائم للعقد لا يوجب فساد العقد أيضا لانه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكد اياه على ما نذكر ان شاء الله تعالى فيلحق بالشرط الذى هو من مقتضيات العقد وذلك نحو ما اذا باع على أن يعطيه المشترى بالثمن رهنا أو كفيلا والرهن معلوم والكفيل حاضر فقبل وجملة الكلام فى البيع بشرط اعطاء الرهن ان الرهن لا يخلو اما أن يكون معلوما أو مجهولا فان كان معلوما فالبيع جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الشرط الذى يخالف مقتضى العقد مفسد فى الاصل وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسدا الا انا استحسنا الجواز لان هذا الشرط لو كان مخالفاً مقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى لان الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن وكذا الكفالة فان حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة فكان كل واحد منهما مقررا لمقتضى العقد معنى فأشبه اشتراط صفة الجودة للثمن وانه لا يوجب فساد العقد فكذا هذا ولو قبل المشترى المبيع على هذا الشرط ثم امتنع من تسليم الرهن لا يجبر على التسليم عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجبر عليه (وجه) قوله ان الرهن اذا شرط فى البيع فقد صار حقاً من حقوقه والجبر على التسليم من حقوق البيع فيجبر عليه (ولنا) ان الرهن عقد تبرع فى الاصل واشتراطه فى البيع لا يخرجه عن أن يكون تبرعا والجبر على التبرع ليس بمشروع فلا يجبر عليه ولكن يقال له اما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تؤدى الثمن أو يفسخ البائع البيع لان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه الا بوثيقة الرهن أو بقيمته لان قيمته تقوم مقامه ولان الدين يستوفى من مالية الرهن وهى قيمته واذا أدى الثمن فقد حصل المقصود فلا معنى للفسخ ولو امتنع المشترى من هذه الوجوه فللبائع أن يفسخ البيع لفوات الشرط والغرض وان كان الرهن مجهولا فالبيع فاسد لان جواز هذا الشرط مع ان القياس يأباه لكونه ملائما للعقد مقررا لمقتضاه معنى لحصول معنى التوثق والتأكد للثمن ولا يحصل ذلك الا بالتسليم وانه لا يتحقق فى المجهول ولو اتفقا على تعيين رهن فى المجلس جاز البيع لان المانع هو جهالة الرهن وقد زال فكأنه كان معلوما معينا من الابتداء لان المجلس له حكم حالة واحدة وان افترقا عن المجلس تقرر الفساد وكذا اذا لم يتفقا على تعيين الرهن ولكن المشترى نقد الثمن جاز

البيع أيضا لان المقصود من الرهن هو الوصول الى الثمن وقد حصل فيسقط اعتبار الوثيقة وكذلك البيع بشرط اعطاء الكفيل ان الكفيل ان كان حاضراً في المجلس وقبل جاز البيع استحسانا وان كان غائباً فالبيع فاسد وكذا اذا كان حاضراً ولم يقبل لان الجواز على مخالفة القياس ثبت لمعنى التوثيق وتوكيد الثمن لما فيه من تقرير موجب العقد على ما بينا فاذا كان الكفيل غائباً أو حاضرا ولم يقبل لم تصح الكفالة فلم يحصل معنى التوثيق فبقى الحكم على ما يقتضيه القياس وكذا اذا كان الكفيل مجهولا فالبيع فاسد لان كفالة المجهول لا تصح ولو كان الكفيل معيناً وهو غائب ثم حضر وقبل الكفالة في المجلس جاز البيع لانه جازت الكفالة بالقبول في المجلس واذا حضر بعد الافتراق تأكد الفساد ولو شرط المشترى على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع فالبيع فاسد لان شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد والشرط الذى لا يقتضيه العقد مفسد في الاصل الا اذا كان فيه تقرير موجب العقد وتأكيده والحوالة ابراء عن الثمن واسقاط له فلم يكن ملائماً للعقد بخلاف الكفالة والرهن وكذلك ان كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضاً لكن للناس فيه تعامل فالبيع جائز كما اذا اشترى نعلا على ان يحذوه البائع أو جرابا على ان يخرزه له خفاً أو ينعل خفه والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله (وجه) القياس ان هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين وانه مفسد كما اذا اشترى ثوبا بشرط أن يخيطه البائع له قميصاً ونحو ذلك (ولنا) ان الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع ولو اشترى جارية على انها بكر او طباخة أو خبازة أو غلاما على انه كاتب أو خياط أو باع عبدا بألف درهم على انها صحاح أو على انها جياد نقد بيت المال أو اشترى على انها مؤجلة فالبيع جائز لان المشروط صفة للمبيع أو الثمن صفة محضة لا يتصور انقلابها أصلا ولا يكون لها حصة من الثمن بحال ولو كان موجودا عند العقد يدخل فيه من غير تسمية وانها صفة مرغوب فيها لا على وجه التلهى والمشروط اذا كان هذا سبيله كان من مقتضيات العقد واشتراط شرط يقتضيه العقد لا يوجب فساد العقد كما اذا اشترى بشرط التسليم وتملك المبيع والانتفاع به ونحو ذلك بخلاف ما اذا اشترى ناقة على انها حامل ان البيع يفسد في ظاهر الرواية لان الشرط هناك عين وهو الحمل فلا يصلح شرطا وكون الناقة حاملا وان كان صفة لها لكن لا تحقق له الا بالحمل وهو عين في وجوده غرر ومع ذلك مجهول فأوجب ذلك فساد البيع ويخرج على هذا أيضا ما ذكرنا من المسائل اذا اشترى ناقة على انها تحلب كذا وكذا رطلا أو على انها حلوبة أو على انها لبون ان البيع بهذه الشروط فاسد لان المشروط في هذه المواضع عين فلا يصلح شرطاً وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى جارية على انها مغنية على سبيل الرغبة فيها لان جهة الغناء جهة التلهى فاشتراطها في البيع يوجب الفساد وكذا اذا اشترى قمرية على انها تصوت أو طوطيا على انه يتكلم أو حمامة على انها تجيء من مكان بعيد أو كبشاً على انه نطاح أو ديكا على انه مقاتل لان هذه الجهات كلها جهات التلهى بخلاف ما اذا اشترى كلباً على انه معلم أو اشترى دابة على انها هملاج لانه صفة لا حظر فيها بوجه والله عز شأنه الموفق ويجوز البيع بشرط البراءة عن العيب عندنا سواء عم العيوب كلها بأن قال بعت على انى برىء من كل عيب أو خص بأن سمى جنساً من العيوب وقال الشافعى رحمه الله ان خص صح وان عم لا يصح واذا لم يصح الابراء عنده هل يصح العقد له فيه قولان في قول يبطل العقد أيضا وفي قول يصح العقد ويبطل الشرط وعلى هذا الخلاف الابراء عن الحقوق المجهولة ولو شرط على انى برىء من العيب الذى يحدث روى عن أبي يوسف رحمه الله ان البيع بهذا الشرط فاسد (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان الابراء عن كل عيب ابراء عن المجهول فلا يصح ولا شك انه ابراء عن المجهول والدليل على ان الابراء عن كل عيب ابراء عن المجهول غير صحيح ان الابراء اسقاط فيه معنى التمليك بدليل أنه يرتد بالرد وهذا آية التمليك اذ الاسقاط لا يحتمل ذلك وتمليك المجهول لا يصح كالبيع ونحوه (ولنا) ان الابراء وان كان فيه معنى التمليك لكن الجهالة لا تمنع صحة التمليك لعينها بل لافضائها الى المنازعة ألا ترى أنها لا تمنع في موضع لا يفضى الى المنازعة كما

اذاباع قفيزامن هذه الصبرة أوعشرة دراهم من هذه النقرة وهذا النوع من الجهالة ههنالا يفضي الى المنازعة لان قوله كل عيب يتناول العيوب كلها فاذاسمى جنساً من العيوب لاجهالة له أصلا مع ماان التمليك في الابراء يثبت ضمناً وتبعاً للاسقاط لان اللفظ ينبئ عن الاسقاط لاعن التمليك فيعتبر التصرف اسقاطالاتمليكا والجهالة لاتمنع صحة الاسقاطات والدليل على جواز الابراء عن الحقوق المجهولة ماروى ان رجلين اختصما الى النبي عليه الصلاة والسلام في مواريث قد درست فقال لهما عليه الصلاة والسلام استهما وأوجبا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه وعلى هذا اجماع المسلمين من استحلال معاملاتهم في آخر أعمارهم في سائر الاعصار من غير انكار وأما بيع الثمر على الشجر بعد ظهوره وبيع الزرع في الارض بشرط الترك فجملة الكلام فيه انه لايخلو اماان كان لم يبدصلاحه بعدان صار منتفعا به بوجه من الوجوه واماان كان قد بدا صلاحه بان صار منتفعاً به وكل ذلك لايخلو من أن يكون بشرط القطع أومطلقاأو بشرط الترك حتى يبلغ فان كان لم يبدصلاحه فباع بشرط القطع جاز وعلى المشتري أن يقطع للحال وليس له أن يترك من غير اذن البائع ومن مشايخنا من قال لايجوز بيعه قبل بدوصلاحه وهو خلاف ظاهر الرواية على ماذكرنا ولو باع مطلقاً عن شرط جاز أيضاً عندنا وعند الشافعي رحمه الله لايجوز (وجه) قوله ان المطلق ينصرف الى المتعارف والمتعارف هو الترك فكان هذا بيعا بشرط الترك دلالة فصار كما لو شرط الترك نصا (ولنا) ان الترك ليس بمشروط نصاً اذ العقد مطلق عن الشرط أصلا فلايجوز تقييده بشرط الترك من غير دليل خصوصا اذا كان في التقييد فساد العقد وان اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالاجماع لانه شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يلائم العقد ولا جرى به التعامل بين الناس ومثل هذا الشرط مفسد للبيع لماذكرنا ولانه لايتمكن من الترك الاباعارة الشجرة والارض وهما ملك البائع فصار بشرط الترك شارطا الاعارة فكان شرطه صفقة في صفقة وانه منهي هذا اذا لم يبدصلاحه وكذا اذا بدا صلاحه فباع بشرط القطع أومطلقاً فأما اذا باع بشرط الترك فان لم يتناه عظمه فالبيع فاسد بلاخلاف لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمه فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز استحسانا لتعارف الناس وتعاملهم ذلك ولهما ماذكرنا أن شرط الترك شرط فيه منفعة للمشتري والعقد لايقتضيه وليس بملائم للعقد أيضا ومثل هذا الشرط يكون مفسدا كما اذا اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع شهرا قوله الناس تعاملوا ذلك قلنا دعوى تعامل الناس شرط الترك في المبيع ممنوعة وانما التعامل بالمسامحة بالترك من غير شرط في عقد البيع ولواشترى مطلقا عن شرط فترك فان كان قد تناهى عظمه ولم يبق الا النضج لم يتصدق بشئ سواء ترك باذن البائع أو بغير اذنه لانه لايزداد بعد التناهي وانما يتغير الى حال النضج وان كان لم يتناه عظمه ينظر ان كان الترك باذن البائع جاز وطاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بمازاد في ذاته على ما كان عند العقد لان الزيادة حصلت بجهة محظورة فأوجبت خبثا فيها فكان سبيلها التصدق فان استأجر المشتري من البائع الشجر للترك الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الترك حصل باذن البائع ولكن لاتجب الاجرة لان هذه الاجارة باطلة لان جوازها ثبت على خلاف القياس لتعامل الناس فما لم يتعاملوا فيه لاتصح فيه الاجارة ولهذا لم تصح اجارة الاشجار لتجفيف الثياب واجارة الاوتاد لتعليق الاشياء عليها واجارة الكتب للقراءة ونحو ذلك حتى لم تجب الاجرة لما قلنا كذا هذا ولو أخرجت الشجرة في مدة الترك ثمرة أخرى فهي للبائع سواء كان الترك باذنه أو بغير اذنه لانه نماء ملك البائع فيكون له ولو حللها له البائع جاز وان اختلط الحادث بعد العقد بالموجود عنده حتى لايعرف ينظر ان كان قبل التخلية بطل البيع لان المبيع صار معجوز التسليم بالاختلاط للجهالة وتعذر التمييز فاشبه العجز عن التسليم بالهلاك وان كان بعد التخلية لم يبطل لان التخلية قبض وحكم البيع يتم و يتناهى بالقبض والثمرة تكون بينهما لاختلاط ملك أحدهما بالآخر اختلاطا لايمكن التمييز بينهما فكان الكل مشتركا بينهما والقول قول المشتري في المقدار لانه صاحب يد لوجود التخلية فكان الظاهر شاهداله فكان القول قوله ولو اشترى ثمرة بدا صلاح

بعضهادون بعض بان أدرك البعض دون البعض بشرط الترك فالبيع فاسد على أصلهما لانه لو كان أدرك الكل فاشتراها بشرط الترك فالبيع فاسد عندهما فبادراك البعض أولى (وأما) على أصل محمد رحمه الله وهو اختيار العادة فان كان صلاح الباقى متقارب باجاز لان العادة فى الثمار أن لا يدرك الكل دفعة واحدة بل يتقدم ادراك البعض على البعض و يلحق بعضها بعضا فصار كأنه اشتراها بعد ادراك الكل ولو كان كذلك لصح الشراء عنده بشرط الترك كذا هذا وان كان يتأخر ادراك البعض عن البعض تأخيرا فاحشا كالعنب ونحوه يجوز البيع فيما أدرك ولا يجوز فيما لم يدرك لان عند التأخر الفاحش يلتحقان بجنسين مختلفين (ومنها) شرط الاجل فى المبيع العين والثمن العين وهو أن يضرب لتسليمها أجل لان القياس يأبى جواز التأجيل أصلا لانه تغيير مقتضى العقد لانه عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم والتأجيل ينفى وجوب التسليم للحال فكان مغيرا مقتضى العقد الا أنه شرط نظر لصاحب الاجل لضرورة العدم ترفيهاله وتمكينا له من اكتساب الثمن فى المدة المضروبة ولا ضرورة فى الاعيان فبقى التأجيل فيها تغييرا محضا لمقتضى العقد فيوجب فساد العقد و يجوز فى المبيع الدين وهو السلم بل لا يجوز بدونه عندنا على مانذكره فى موضعه وكذا يجوز فى الثمن الدين وهو بيع الدين بالدين لان التأجيل يلائم الديون ولا يلائم الاعيان لمساس حاجة الناس اليه فى الديون لا فى الاعيان على ما بينا (ومنها) شرط خيار مؤبد فى البيع (ومنها) شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة متفاحشة كهبوب الريح ومجىء المطر وقدوم فلان وموت فلان ونحوذلك أو متقاربة كالحصاد والدياس وقدوم الحاج ونحوها (ومنها) شرط خيار غير مؤقت أصلا والاصل فيه ان شرط الخيار يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم للحال فكان شرطا مغيرا مقتضى العقد وأنه مفسد للعقد فى الاصل وهو القياس الا أنا عرفنا جوازه استحسانا بخلاف القياس بالنص وهو ماروى ان حبان بن منقد كان يغبن فى التجارات فشكا أهله الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام فبقى ماوراء المنصوص عليه على أصل القياس (ومنها) شرط خيار مؤقت بالزائد على ثلاثة أيام عند أبى حنيفة و زفر وقال أبو يوسف ومحمد هذا الشرط ليس بمفسد واحتجا بما روى أن عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما شرط الخيار شهرين ولان النص الوارد فى خيار ثلاثة أيام معلول بالحاجة الى دفع الغبن بالتأمل والنظر وهذا لا يوجب الاقتصار على الثلاث كالحاجة الى التأجيل ولابى حنيفة ان هذا الشرط فى الاصل مما يأباه القياس والنص أما القياس فماذكرنا انه شرط مغير مقتضى العقد ومثل هذا الشرط مفسد للعقد فى الاصل وأما النص فماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه تعلق انعقاد العقد على غرر سقوط الخيار الا أنه ورد نص خاص بجوازه فيتبع مورد النص وانه ورد بثلاثة أيام فصار ذلك مخصوصا عن النص العام وترك القياس فيه فيعمل بعموم النص ومقتضى القياس فيماوراء هذا والعمل بقول سيد البشر عليه أفضل الصلاة والسلام أولى من العمل بقول عبد الله بن سيدنا عمر وقولهما النص معلول بالحاجة الى دفع الغبن قلنا لو كان كذلك فالثلاث مدة صالحة لدفع الغبن لكونها صالحة للتأمل وماوراء ذلك لانهاية له (وأما) شرط خيار مؤقت بالثلاث فما دونها فليس بمفسد استحسانا لحديث حبان ابن منقد ولمساس الحاجة اليه لدفع الغبن والتدارك عند اعتراض الندم وسواء كان الشرط للعاقد أو لغيره بأن شرط الخيار لثالث عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله لا يجوز شرط الخيار لغير العاقد (وجه) قوله ان اشتراط الخيار للعاقد مع ان القياس يأباه ثبت بالنص فبقى اشتراطه لغيره على أصل القياس (ولنا) ان النص معلول بالحاجة الى التأمل لدفع الغبن والناس يتفاوتون فى البصارة بالسلع فمن الجائز أن يكون المشروط له الخيار أبصر منه ففوض الخيار اليه ليتأمل فى ذلك فان صلح أجازه والا فسخ واذا جاز هذا الشرط ثبت الخيار للمشروط له وللعاقد أيضا ولما نذكر ولكل واحد منهما ولاية الاجازة والفسخ وسواء كان العاقد مالكا أو وصيا أو وليا أو وكيلا فيجوز شرط الخيار فيه لنفسه أو لصاحبه الذى عاقده (أما) الاب أو الوصى فلان اشتراط الخيار منهما من باب النظر للصغير فيملكانه (وأما)

الوكيل فلانه يتصرف بأمر الموكل وقد أمره بالبيع والشراء مطلقا فيجرى على اطلاقه وكذلك المضارب أو الشريك شركة عنان أومفاوضة يملك شرط الخيار لما قلنا ولو اشترى شيأ على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فالقياس أن لا يجوز هذا البيع وهو قول زفر رحمه الله وفي الاستحسان جائز (وجه) القياس ان هذا بيع علقت اقالته بشرط عدم نقد الثمن الى ثلاثة أيام وتعليق الاقالة بالشرط فاسد فكان هذا بيعا دخله شرط فاسد فيكون فاسدا كسائر الانواع التى دخلتها شروط فاسدة (وجه) الاستحسان ان هذا البيع فى معنى البيع بشرط الخيار لوجود التعليق بشرط فى كل واحد منهما وتحقق الحاجة المستدعية للجواز أما التعليق فانه علق اقالة هذا البيع وفسخه بشرط عدم النقد الى ثلاثة أيام وفى البيع بشرط الخيار علق انعقاده فى حق الحكم بشرط سقوط الخيار واما الحاجة فان المشترى كما يحتاج الى التأمل فى المبيع انه هل يوافقه أم لا فالبائع يحتاج الى التأمل انه هل يصل الثمن اليه فى الثلاث أم لا وكذا المشترى يحتاج الى التأمل انه هل يقدر على النقد فى الثلاث أم لا فكان هذا بيعا مست الحاجة الى جوازه فى الجانبين جميعا فكان أولى بالجواز من البيع بشرط الخيار فورود الشرع بالجواز هناك يكون ورودا ههنا دلالة ولو اشترى على أنه ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام لم يجز عند أبى حنيفة كما لا يجوز شرط الخيار أربعة أيام أو أكثر بعد أن يكون معلوما الا أن أبا يوسف يقول ههنا لا يجوز كما قال أبو حنيفة فأبو حنيفة مر على أصله ولم يجز فى الموضعين ومحمد مر على أصله وأجاز فيهما وأبو يوسف فرق بينهما (وجه) الفرق له ان القياس يأبى الجواز فى الموضعين جميعا الا أن الجواز فى شرط الخيار عرفناه بأثر ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما فبقى هذا على أصل القياس والله سبحانه عز شأنه أعلم ويتصل بالشروط المفسدة ما اذا باع حيوانا واستثنى ما فى بطنه من الحمل ان البيع فاسد لان بيع الحمل بانفراده لا يجوز فكان استثناؤه بمنزلة شرط فاسد أدخل فى البيع فيوجب فساد البيع وكذلك هذا فى عقد الاجارة والكتابة والرهن بخلاف النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة لان استثناء الحمل فى هذا العقود لا يبطلها وكذلك فى الاعتاق لما أن استثناء ما فى البطن بمنزلة شرط فاسد والبيع واخواته تبطلها الشروط الفاسدة فكان الشرط فاسدا والعقد فاسدا فأما النكاح ونحوه فلا تبطله الشروط الفاسدة فجاز العقد وبطل الشرط فيدخل فى العقد الام والولد جميعا وكذا فى العتق وكذا اذا باع حيوانا واستثنى شيأ من أطرافه فالبيع فاسد ولو باع صبرة واستثنى قفيزا منها فالبيع جائز فى المستثنى منه وكذا اذا باع صبرة واستثنى جزأ شائعا منها ثلثها أو ربعها أو نحو ذلك ولو باع قطيعا من الغنم واستثنى شاة منها بغير عينها فالبيع فاسد ولو استثنى شاة منها بعينها فالبيع جائز والاصل فى هذا ان من باع جملة واستثنى منها شيأ فان استثنى ما يجوز افراده بالبيع فالبيع فى المستثنى منه جائز وان استثنى ما لا يجوز افراده بالبيع فالبيع فى المستثنى منه فاسد ولو باع الثمرة على رؤس النخل واستثنى منها صاعا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه يجوز لانه استثنى ما يجوز افراده بالبيع فاشبه ما اذا باع جزأ مشاعا منه من الثلث والربع وكذا لو كان الثمر مجذوذا فباع الكل واستثنى صاعا يجوز وأى فرق بين المجذوذ وغير المجذوذ وذكر الطحاوى فى مختصره انه لا يجوز واليه أشار محمد فى الموطأ فانه قال لا بأس بان يبيع الرجل ثمرة و يستثنى منها بعضها اذا استثنى شيأ فى جملته ربعا أو خمسا أو سدسا قيد الجواز بشرط أن يكون المستثنى مشاعا فى الجملة فلو ثبت الجواز فى المعين لم يكن لتقييده بهذا الشرط معنى وكذا روى الحسن بن زياد انه قال لا يجوز وكذا ذكر القدورى رحمه الله فى مختصره ثم فساد العقد بما ذكرنا من الشروط مذهب أصحابنا وقال ابن أبى ليلى البيع جائز والشرط باطل وقال ابن شبرمة البيع جائز والشرط جائز والصحيح قولنا لما روى أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط والنهى يقتضى فساد المنهى فيدل على فساد كل بيع وشرط الا ما خص عن عموم النص ولان هذه الشروط بعضها فيه منفعة زائدة ترجع الى العاقدين أو الى غيرهما و زيادة منفعة مشروطة فى عقد البيع تكون ربا والربا حرام والبيع الذى فيه ربا فاسد و بعضها فيه غرر ونهى رسول الله صلى الله عليه

وسلم عن بيع فيه غرر والمنهي عنه فاسد و بعضها شرط التلهي وانه محظور و بعضها يغير مقتضى العقد وهو معنى الفساد اذ الفساد هو التغيير والله سبحانه وتعالى أعلم ثم قران الشرط الفاسد بالعقد والحاقه به سواء عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو باع بيعا صحيحا ثم ألحق به شيأ من هذه الشروط المفسدة يلتحق به و يفسد العقد وعندهما لا يلتحق به ولا يفسد العقد وأجمعوا على انه لو ألحق بالعقد الصحيح شرطا صحيحا كالخيار الصحيح في البيع البات ونحو ذلك يلتحق به (وجه) قولهما ان الحاق الشرط الفاسد بالعقد يغير العقد من الصحة الى الفساد فلا يصح فبقي العقد صحيحا كما كان لان العقد كلام لا بقاء له والالتحاق بالمعدوم لا يجوز فكان ينبغي أن لا يصح الالحاق أصلا الا أن الحاق الشرط الصحيح بأصل العقد ثبت شرعا للحاجة اليه حتى صح قرانه بالعقد فيصح الحاقه به فلا حاجة الى الحاق الشرط الفاسد ليفسد العقد ولهذا لم يصح قرانه بالعقد ولأبي حنيفة رحمه الله ان اعتبار التصرف على الوجه الذي أوقعه المتصرف واجب اذا كان هو أهلا والمحل قابلا وقد أوقعه مفسدا للعقد اذ الالحاق لفساد العقد فوجب اعتباره كما أوقعه فاسدا في الاصل وقولهما الالحاق تغيير للعقد قلنا ان كان تغييرا فلهما ولاية التغيير ألا ترى أن لهما ولاية التغيير بالزيادة في الثمن والمثمن والحط عن الثمن و بالحاق الشرط الصحيح وان كان تغييرا ولانهما يملكان الفسخ فالتغيير أولى لان التغيير تبديل الوصف والفسخ رفع الاصل والوصف والله سبحانه أعلم (ومنها) الرضا لقول الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم عقيب قوله عز اسمه يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب من نفسه فلا يصح بيع المكره اذا باع مكرها وسلم مكرها لعدم الرضا فأما اذا باع مكرها وسلم طائعا فالبيع صحيح على ما نذكره في كتاب الاكراه ولا يصح بيع الهازل لانه متكلم بكلام البيع لا على ادارة حقيقته فلم يوجد الرضا بالبيع فلا يصح بخلاف طلاق الهازل انه واقع لان الفائت بالاكراه ليس الا الرضا والرضا ليس بشرط لوقوع الطلاق بخلاف البيع على ان الهزل في باب الطلاق ملحق بالجد شرعا قال عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والنكاح والعتاق الحق الهازل بالجاد فيه ومثل هذا لم يرد في البيع وعلى هذا يخرج بيع المنابذة والملامسة والحصاة الذي كان يفعله أهل الجاهلية كان الرجلان يتساومان السلعة فاذا أراد أحدهما الزام البيع نبذ السلعة الى المشتري فيلزم البيع رضي المشتري أم سخط أو لمسها المشتري أو وضع عليها حصاة فجاء الاسلام فشرط الرضا وأبطل ذلك كله وعلى هذا يخرج بيع التلجئة وهي ما لجأ الانسان اليه بغير اختياره اختيار الايثار و جملة الكلام فيه أن التلجئة في الاصل لا تخلو اما أن تكون في نفس البيع واما أن تكون في الثمن فان كانت في نفس البيع فاما أن تكون في انشاء البيع واما أن تكون في الاقرار به فان كانت في انشاء البيع بان تواضعوا في السر لامر ألجأهم اليه على أن يظهر البيع ولا بيع بينهما حقيقة وانما هو رياء وسمعة نحو أن يخاف رجل السلطان فيقول الرجل اني أظهر أني بعت منك داري وليس ببيع في الحقيقة وانما هو تلجئة فتبايعا فالبيع باطل في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ومحمد لانهما تكلما بصيغة البيع لا على قصد الحقيقة وهو تفسير الهزل والهزل يمنع جواز البيع لانه يعدم الرضا بمباشرة السبب فلم يكن هذا بيعا منعقدا في حق الحكم و روى أبو يوسف عن أبي حنيفة ان البيع جائز لان ما شرطاه في السر لم يذكراه في العقد وانما عقدا عقدا صحيحا بشرائطه فلا يؤثر فيه ما تقدم من الشرط كما اذا اتفقا على أن يشترطا شرطا فاسدا عند البيع ثم باعا من غير شرط والجواب ان الحكم ببطلان هذا البيع لمكان الضرورة فلو اعتبرنا وجود الشرط عند البيع لا تندفع الضرورة ولو أجاز أحدهما دون الآخر لم يجز وان أجازاه جاز كذا ذكر محمد لان الشرط السابق وهو المواضعة منعت انعقاد العقد في حق الحكم بمنزلة شرط خيار المتبايعين فلا يصح الا بتراضيهما ولا يملكه المشتري بالقبض حتى لو كان المشتري عبدا فقبضه وأعتقه لا ينفذ اعتاقه بخلاف المكره على البيع والتسليم اذا باع وسلم فأعتقه المشتري انه ينفذ اعتاقه لان بيع المكره انعقد سببا للحكم لوجود الرضا بمباشرة السبب عقلا لما فيه من صيانة نفسه عن الهلاك فانعقد السبب الا أنه فسد لانعدام

الرضا طبعا فتأخر الملك فيه الى وقت القبض أما ههنا فلم يوجد الرضا بمباشرة السبب فى الجانبين أصلا فلم ينعقد السبب فى حق الحكم فتوقف على أحدهما فأشبه البيع بشرط خيار المتبايعين هذا اذا كانت التلجئة فى انشاء البيع فاما اذا كانت فى الاقرار به فان اتفقا على ان يقرا ببيع لم يكن فأقرا بذلك ثم اتفقا على انه لم يكن فالبيع باطل حتى لايجوز باجازتهما لان الاقرار اخبار وصحة الاخبار بثبوت المخبر به حال وجود الاخبار فان كان ثابتا كان الاخبار صدقا والا فيكون كذبا والمخبر به ههنا وهو البيع ليس بثابت فلا يحتمل الاجازة لانها تلحق الموجود لا المعدوم هذا كله اذا كانت التلجئة فى نفس البيع انشاء كان أو اقرارا فاما اذا كانت فى الثمن فهذا أيضا لايخلو من أحد وجهين اما ان كانت فى قدر الثمن واما ان كانت فى جنسه فان كانت فى قدره بان تواضعا فى السر والباطن على أن يكون الثمن ألفا و يتبايعان فى الظاهر بألفين فان لم يقولا عند المواضعة ألف منهما رياء وسمعة فالثمن ما تعاقدا عليه لان الثمن اسم للمذكور عند العقد والمذكور عند العقد ألفان فان لم يذكرا ان أحدهما رياء وسمعة تحت تسمية الالفين وان قالا عند المواضعة ألف منهما رياء وسمعة فالثمن ثمن السر والزيادة باطلة فى ظاهر الرواية عند أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف ومحمد وروى عن أبى يوسف ان الثمن ثمن العلانية (وجه) هذه الرواية ان الثمن هو المذكور فى العقد والالفان مذكوران فى العقد وماذكرا فى المواضعة لم يذكراه فى العقد فلا يعتبر (وجه) ظاهر الرواية ان ما تواضعا عليه فى السر هو ما تعاقدا عليه فى العلانية الا انهما زادا عليه ألفا أخرى والمواضعة السابقة أبطلت الزيادة لانهما فى هزلا نهما حيث لم يقصداها فلم يصح ذكر الزيادة فى البيع فيبقى البيع بما تواضعا عليه وهو الالف وان كانت فى جنسه بان اتفقا فى السر على ان الثمن ألف درهم لكنهما يظهران البيع بمائة دينار فان لم يقولا فى المواضعة ان ثمن العلانية رياء وسمعة فالثمن ما تعاقدا عليه لما قلنا وان قالا ذلك فالقياس ان يبطل العقد وفى الاستحسان يصح بمائة دينار (وجه) القياس ان ثمن السر لم يذكراه فى العقد وثمن العلانية لم يقصداه فقد هزلا به فسقط و بقى بيعا بلا ثمن فلا يصح (وجه) الاستحسان انهما لم يقصدا بيعا باطلا بل بيعا صحيحا فيجب حمله على الصحة ما أمكن ولا يمكن حمله على الصحة الا بثمن العلانية فكأنهما انصرفا عما شرطاه فى الباطن فتعلق الحكم بالظاهر كما لو اتفقا على أن يبيعاه بيع تلجئة فتواهبا بخلاف الالف والالفين لان الثمن المذكور المشروط فى السر مذكور فى العقد وزيادة فتعلق العقد به هذا اذا تواضعا فى السر ولم يتعاقدا فى السر فاما اذا تعاقدا فى السر بثمن ثم تواضعا على ان يظهرا العقد بأكثر منه أو بجنس آخر فان لم يقولا ان العقد الثانى رياء وسمعة فالعقد الثانى يرفع العقد الاول والثمن هو المذكور فى العقد الثانى لان البيع يحتمل الفسخ والاقالة فشروعهما فى العقد الثانى ابطال للاول فبطل الاول وانعقد الثانى بما سمى عنده وان قالا رياء وسمعة فان كان الثمن من جنس آخر فالعقد هو العقد الاول لانهما لما ذكرا الرياء والسمعة فقد أبطلا المسمى فى العقد الثانى فلم يصح العقد الثانى فبقى العقد الاول وان كان من جنس الاول فالعقد هو العقد الثانى لان البيع يحتمل الفسخ فكان العقد هو العقد الثانى لكن بالثمن الاول والزيادة باطلة لانهما أبطلاها حيث هزلا بها هذا اذا تواضعا واتفقا فى التلجئة فى البيع فتبايعا وهما متفقان على ما تواضعا فاما اذا اختلفا فادعى أحدهما التلجئة وأنكر الآخر و زعم ان البيع بيع رغبة فالقول قول منكر التلجئة لان الظاهر شاهد له فكان القول قوله مع يمينه على ما يدعيه صاحبه من التلجئة اذا طلب الثمن وان أقام المدعى البينة على التلجئة تقبل بينته لانه أثبت الشرط بالبينة فتقبل بينته كما لو أثبت الخيار بالبينة ثم هذا التفريع على ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله لانه يعتبر المواضعة السابقة فاما على رواية أبى يوسف عنه فلا يجىء هذا التفريع لانه يعتبر العقد الظاهر فلا يلتفت الى هذه الدعوى لانها وان صحت لا تؤثر فى البيع الظاهر وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فقال على قول أبى حنيفة القول قول من يدعى جواز البيع وعلى قولهما القول قول من يدعى التلجئة والعقد فاسد ولو اتفقا على التلجئة ثم قالا عند البيع كل شرط كان بيننا فهو باطل تبطل التلجئة ويجوز البيع لانه شرط فاسد زائد فاحتمل السقوط بالاسقاط ومتى سقط صار العقد جائزا الا اذا اتفقا عند المواضعة وقالا ان ما نقوله عند البيع ان

كل شرط بيننا فهو باطل فذلك القول منا باطل فاذا قالا ذلك لا يجوز العقد لانهما اتفقا على ان ما يبطلانه من الشرط عند العقد باطل الا اذا حكيا في العلانية ما قالا في السر فقالا انا شرطنا كذا وكذا وقد أبطلنا ذلك ثم تبايعا فيجوز البيع ثم كما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الاقرار بالتلجئة بان يقول لآخر انى أقر لك في العلانية بمالى أو بدارى وتواضعا على فساد الاقرار لا يصح اقراره حتى لا يملكه المقر له والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الذى يخص بعض البياعات دون بعض فانواع أيضاً (منها) أن يكون الاجل معلوما في بيع فيه أجل فان كان مجهولا يفسد البيع سواء كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ومطر السماء وقدوم فلان وموته والميسرة ونحو ذلك أو متقاربة كالحصاد والدياس والنيروز والمهرجان وقدوم الحاج وخروجهم والجذاذ والجزار والقطاف والميلاد وصوم النصارى وفطرهم قبل دخولهم في صومهم ونحو ذلك لان الاول فيه غرر الوجود والعدم والنوع الثانى مما يتقدم ويتأخر فيؤدى الى المنازعة فيوجب فساد البيع ولو باع العين بثمن دين الى اجل مجهول جهالة متقاربة ثم أبطل المشترى الاجل قبل محله وقبل أن يفسخ العقد بينهما لاجل الفساد جاز العقد عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز ولو لم يبطل حتى حل الاجل وأخذ الناس في الحصاد ثم أبطل لا يجوز العقد بالاجماع وان كانت الجهالة متفاحشة فابطل المشترى الاجل قبل الافتراق ونقد الثمن جاز البيع عندنا وعند زفر لا يجوز ولو افترقا قبل الابطال لا يجوز بالاجماع وعلى هذا اذا باع بشرط الخيار ولم يوقت للخيار وقتاً معلوما بأن قال أبداً أو أياما أو لم يذكر الوقت حتى فسد البيع بالاجماع ثم ان صاحب الخيار أبطل خياره قبل مضى ثلاثة أيام قبل أن يفسخ العقد بينهما جاز البيع عندنا خلافا لزفر رحمه الله وان أبطل بعد مضى الايام الثلاثة لا يجوز العقد عند أبى حنيفة رحمه الله وزفر وعند أبى يوسف ومحمد يجوز وان وقت وقتا معلوما بان قال أربعة أيام أو شهراً فابطل الخيار قبل مضى ثلاثة أيام وقبل أن يفسخ العقد بينهما لاجل الفساد جاز عندنا وعند زفر لا يجوز وعندهما هذا الخيار جائز ولو مضت الايام الثلاثة ثم أبطل صاحب الخيار خياره لا يجوز البيع بالاجماع وعلى هذا لو عقدا عقد السلم بشرط الخيار حتى فسد السلم ثم ان صاحب الخيار أبطل خياره قبل الافتراق جاز السلم عندنا اذا كان رأس المال قائما في يده ولو افترقا قبل الابطال ثم أبطل لا يجوز بالاجماع وعلى هذا اذا اشترى ثوبا برقمه ولم يعلم المشترى رقمه حتى فسد البيع ثم علم رقمه فان علم قبل الافتراق واختار البيع جاز البيع عندنا وعند زفر لا يجوز وان كان بعد الافتراق لا يجوز بالاجماع والاصل عند زفر ان البيع اذا انعقد على الفساد لا يحتمل الجواز بعد ذلك برفع المفسد والاصل عندنا أنه ينظر الى الفساد فان كان قويا بان دخل في صلب العقد وهو البدل أو المبدل لا يحتمل الجواز برفع المفسد كما قال زفر اذا باع عبداً بألف درهم ورطل من خمر فحط الخمر عن المشترى وان كان ضعيفاً لم يدخل في صلب العقد بل في شرط جائز يحتمل الجواز برفع المفسد كما في البيع بشرط خيار لم يوقت أو وقت الى وقت مجهول كالحصاد والدياس أو لم يذكر الوقت وكما في بيع الدين بالدين الى أجل مجهول على ماذكرنا ثم اختلف مشايخنا في العبارة عن هذا العقد قال مشايخ العراق انه انعقد فاسداً لكن فساداً غير متقرر فان أبطل الشرط قبل تقرره بأن لم يدخل وقت الحصاد أو اليوم الرابع ينقلب الى الجواز وان لم يبطل حتى دخل تقرر الفساد وهو قول بعض مشايخنا بما وراء النهر وقال مشايخ خراسان وبعض مشايخنا بما وراء النهر العقد موقوف ان اسقط الشرط قبل وقت الحصاد واليوم الرابع تبين أنه كان جائزا من الاصل وان لم يسقط حتى دخل اليوم الرابع أو أوان الحصاد تبين أنه وقع فاسدا من حين وجوده وذكر عن الحسن بن زياد رحمه الله أنه قال قال أبو حنيفة لو أن رجلا اشترى عبدا على أنه بالخيار أكثر من ثلاثة أيام فالبيع موقوف فان قال المشترى قبل مضى الثلاث انا أبطل خيارى واستوجب المبيع قبل أن يقول البائع شيأ كان له ذلك وتم البيع وعليه الثمن ولم يكن للبائع أن يبطل البيع وان قال البائع قد أبطلت البيع قبل أن يبطل المشترى خياره بطل البيع ولم يكن للمشترى أن يستوجبه بعد ذلك وأن يبطل خياره فقد نص على التوقف وفسره حيث جعل للبائع حق الفسخ قبل اجازة المشترى وهذا أمارة البيع الموقوف أن يكون لكل

واحد من العاقدين حق الفسخ (وجـه) قول زفر ان هذا بيع انعقد بوصف الفساد من حين وجوده فلا يتصور أن ينقلب جائزا لما فيه من الاستحالة ولهذا لم ينقلب الى الجواز اذا دخل اليوم الرابع أو وقت الحصاد والدياس (ولنا) طريقان أحدهما ان هـذا العقد موقوف للحـال لا يوصف بالفساد ولا بالصحة لان الشرط المذكور يحتمل أن يكون مفسداً حقيقة و يحتمل أن لا يكون فاذا اسـقط قبل دخول أوان الحصاد واليوم الرابع تبين انه ليس بمفسد لانه تبين أنه ماشرط الاجـل والخيار الا الى هـذا الوقت فتبين ان العقد وقع صحيحاً مفيداً للملك بنفسـه من حين وجوده كما لو أسقط الاجل الصحيح والخيار الصحيح وهو خيار ثلاثة أيام بعد مضي يوم وان لم يسقط حتى مضت الايام الثـلاثة ودخـل الحصاد تبين ان الشرط كان الى هـذا الوقت وأنه شرط مفسد والثاني ان العقد فى نفسه مشروع لا يحتمل الفساد على ماعرف وكذا أصل الاجل والخيار لانه ملائم للعقد وأنه يوصف العقد بالفساد للحال لا لعينه بل لمعنى مجاور له زائد عليه وعلى أصل الاجل والخيار وهو الجهالة و زيادة الخيار على المدة المشروعة فان سقط قبل دخول وقت الحصاد أو اليوم الرابع فقد أسقط المفسد قبل تقرره فزال الفساد فبقي العقد مشروعا كما كان من غير وصف الفساد واذا دخل الوقت فقد تقرر المفسـد فتقرر الفساد والفساد بعد تقرره لا يحتمل الزوال وقوله العقد ماوقع فاسدا من حين وجوده قلنا على الطريق الاول ممنوع بل هو موقوف وعلى الطريق الثاني مسـلم لـكن لا لعينه بل لغـيره وهو الشرط المجاور المفسد وقد أسقط المفسد قبل تقرره فزال الفساد الثابت لمعنى فى غيره فبقي مشروعا والله سبحانه وتعالى الموفق ولو باع بثمن حال ثم أخر الى الآجال المتقاربة جاز التأخـير ولو أخر الى الآجال المتفاحشة لم يجز والدين على حاله حال فرق بين التأجيل والتأخير لم يجوز التأجيل الى هذه الآجال أصلا وجوز التأخير الى المتقارب منها و وجه الفرق ان التأجيل فى العقد جعل الاجل شرطاً فى العقد وجهالة الاجل المشروط فى العقد وان كانت متقاربة توجب فساد العقد لانها تفضي الى المنازعة فاما التأخير الى الآجال المجهولة جهالة متقاربة فلا تفضي الى المنازعـة لان الناس يؤخرون الديون الى هـذه الآجال عادة ومبنى التأخير على المسامحة فالظاهر انهم يسامحون ولا ينازعون وماجرت العادة منهم بالتأخـير الى آجال نفحش جهالتها بخلاف التأجيـل لان ماجعل شرطاً فى البيع مبناه على المضايقة فالجهالة فيها وان قلت تفضي الى المنازعة ولهذا لا يجوز البيع الى الآجال المتقاربة وجازت الكفالة اليها لان مبنى الـكفالة على المسامحة فان المـكفول له لا يضيق الامر على الـكفيل عادة لان له سبيل الوصول الى الدين من جهة الاصيل فالتأجيل اليها لا يفضي الى المنازعة بخلاف البيع فان الجهالة فى باب البيع مفضية الى المنازعة فكانت مفسدة للبيع ولو اشـترى عيناً بثمن دين على ان يسـلم اليه الثمن فى مصر آخر فهذا لا يخلو اما ان يكون الثمن مما لا حمـل له ولا مؤنة واما أن يكون مما له حمـل ومؤنة وعلى كل ذلك لا يخـلو من أن ضرب له الاجـل أو لم يضرب فان لم يضرب له الاجل فالبيع فاسد سواء كان الثمن له حمل ومؤنة أو لم يكن لانه اذا لم يضرب له الاجل كان شرط التسليم فى موضع على سبيل التاجيل وانه أجل مجهول فيوجب فساد العقد وروى عن أبي يوسف رحمه الله ان الثمن اذا كان لا حمل له ولا مؤنة فالبيع جائز لان شرط التأجيل فى مكان آخر ليس بتأجيل حقيـقة بل هو تخصيص التسليم بمكان آخر فيجوز البيع و يجبر المشترى على تسليم الثمن فى أي موضع طالبه وان ضرب له أجلا على ان يسلم اليه الثمن بعد محل الاجل فى مصر آخر فان كان الاجل مقدارا مالا يمكن الوصول الى الموضـع المشروط فى قدر تلك المدة فالبيع فاسد أيضاً لانه اذا كان لا يمكن الوصول فيه الى الموضـع المشروط صار كان لم يضرب وان كان ضرب أجـلا يمكن الوصول فيه الى المكان المشروط فالبيع صحيح والتأجيـل صحيح لانه اذا ضرب له أجلا يمكن الوصول فيه الى ذلك المكان علم ان شرط التسليم فى ذلك المكان لم يكن على سبيل التأجيل بل على تخصيص ذلك المكان بالتسليم فيه فاذا حل الاجل وطالبـه البائع بالثمن فى غير المكان المشروط ينظر ان كان الثمن مما ليس له حمل ولا مؤنة يجـبر المشترى على تسليمه فى أي موضع طالبه البائع بعـد حل الاجـل وان كان الثمن له حمل ومؤنة لا يجـبر على تسليمه الا فى الموضع المشروط وكذلك لو أراد المشترى ان يسلمه فى

غير المكان المشروط وأبى البائع ذلك الا فى الموضع المشروط فهو على هذا التفصيل ولو كان الثمن عينا فشرط تسليمه فى مصر آخر فالبيع فاسد سواء شرط الاجل أولم يشرط لان فيه غررا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) القبض فى بيع المشترى المنقول فلا يصح بيعه قبل القبض لما روى ان النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض والنهى يوجب فساد المنهى ولانه بيع فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لانه اذا هلك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع الاول فينفسخ الثانى لانه بناه على الاول وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وسواء باعه من غير بائعه أو من بائعه لان النهى مطلق لا يوجب الفصل بين البيع من غير بائعه و بين البيع من بائعه وكذا معنى الغرر لا يفصل بينهما فلا يصح الثانى والاول على حاله ولا يجوز اشراكه وتوليته لان كل ذلك بيع ولو قبض نصف المبيع دون النصف فاشرك رجلا لم يجز فيما لم يقبض وجاز فيما قبض لان الاشراك نوع بيع والمبيع منقول فلم يكن غير المقبوض محلا له شرعا فلم يصح فى غير المقبوض وصح فى قدر المقبوض وله الخيار لتفرق الصفقة عليه ولا تجوز اجارته لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض وملك المنفعة تابع لملك العين ولا يجوز فيه تمليك العين فلا يجوز تمليك المنفعة ولان الاجارة عقد يحتمل الفسخ فيتمكن فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه ولان ماروينا من النهى يتناول الاجارة لانها نوع بيع وهو بيع المنفعة ويجوز اعتاقه بعوض وغير عوض وكذا تدبيره واستيلاده بان كانت أمة فاقرانها كانت ولدت له لان جواز هذه التصرفات يعتمد قيام ملك الرقبة وقد وجد بخلاف البيع فان صحته تفتقر الى ملك الرقبة واليد جميعا لافتقاره الى التسليم وكذا الاجارة بخلاف الاعتاق والتدبير ولان المانع هو القبض وبهذه التصرفات يصير قابضا على مانذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ولان الفساد لتمكن الغرر وهو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه لما نذكره وهذا التصرفات مما لا يحتمل الانفساخ فلم يوجد فلزم الجواز بدليله وهل تجوز كتابته لا رواية فيه عن أصحابنا فاحتمل أن يقال لا يجوز قياسا على البيع لان كل واحد منهما مما يحتمل الفسخ والاقالة وجائز أن يقال يجوز فرقا بينها وبين البيع لانها أوسع اضرارا من البيع وروى عن أبى يوسف اذا كاتبه المشترى قبل القبض فللبائع أن يبطله فان لم يبطله حتى نقد المشترى الثمن جازت الكتابة ذكرها فى العيون ولو وهبه من البائع فان لم يقبله لم تصح الهبة والبيع على حاله لان الهبة لا تصح بدون القبول فان قبله البائع لم تجز الهبة لانها تمليك المبيع قبل القبض وأنه لا يجوز كالبيع وانفسخ البيع بينهما ويكون اقالة للبيع فرق بين الهبة من البائع و بين البيع منه حيث جعل الهبة منه اقالة دون البيع منه (ووجه) الفرق أن بين الهبة والاقالة مقاربة فان كل واحد منهما يستعمل فى الحاق ماسلف بالعدم يقال وهبت منك جريمتك كما يقال أقلت عثرتك أو جعلت ذلك كالعدم فى حق المؤاخذة به ألا ترى أنه يستعمل كل واحد منهما مكان الآخر فامكن جعل الهبة مجازا عن الاقالة عند تعذر العمل بالحقيقة بخلاف البيع فانه لا مقاربة بينه وبين الاقالة فتعذر جعله مجازا عنها فوقع لغوا وكذلك لو تصدق به عليه فهو على التفصيل الذى ذكرنا ولو وهب لغير البائع أو تصدق به على غير البائع وأمر بالقبض من البائع أو رهنه عند آخر وأمره أن يقبض من البائع فقبضه بامره أو أقرضه وأمره بالقبض لم تجز هذه العقود كلها عند أبى يوسف وعند محمد جازت (وجه) قول محمد ان صحة هذه العقود بالقبض فاذا أمره بالقبض فقد أنابه مناب نفسه فى القبض فصار بمنزلة الوكيل له فاذا قبض بامره يصير قابضا عنه أولا بطريق النيابة ثم لنفسه فيصح ولابى يوسف أن جواز هذه العقود مبنى على الملك المطلق وهو ملك الرقبة واليد جميعا لان به يقع الامن عن غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه وغرر الانفساخ ههنا ثابت فلم يكن الملك مطلقا فلم يجز ولو أوصى به لرجل قبل القبض ثم مات جازت الوصية لان الوصية أخت الميراث ولو مات قبل القبض صار ذلك ميراثا لورثته كذا الوصية ولو قال المشترى للبائع بعه لى لم يكن نقضا بالاجماع وان باعه لم يجز بيعه ولو قال بعه لنفسك كان نقضا بالاجماع ولو قال بعه مطلقا كان نقضا عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يكون نقضا (وجه) قوله أن اطلاق الامر بالبيع ينصرف الى البيع للآمر

لا

لا للمأمور لان الملك له لا للمأمور فصار كانه قال له بعه لى ولو نص عليه لا يكون نقضا للبيع لانه أمره ببيع فاسد فكذا هذا ولهما أن مطلق الامر بالبيع يحمل على بيع صحيح يصح ولو حملناه على البيع للآمر لما صح لانه يكون أمرا ببيع من لا يملك بنفسه فلا يصح فيحمل على البيع لنفسه كانه نص عليه فقال بعه لنفسك ولا يتحقق البيع لنفسه الا بعد انفساخ البيع الاول فيتضمن الامر بالبيع لنفسه انفساخ البيع الاول فينفسخ مقتضى الامر كما فى قول الرجل لغيره اعتق عبدك عنى على ألف درهم ولو قال المشترى للبائع اعتقه فاعتقه البائع فاعتاقه جائز عن نفسه عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف اعتاقه باطل (وجه) قول أبى يوسف أن مطلق الامر بالاعتاق ينصرف الى الاعتاق عن الآمر لا عن نفسه لان الملك للآمر والاعتاق عنه بمنزلة القبض والبائع لا يصلح نائبا عن المشترى فى القبض عنه فلا يصلح نائبا عنه فى الاعتاق ولابى حنيفة رحمه الله أن الامر بالاعتاق يحمل على وجه يصح ولو حمل على الاعتاق عن الآمر لم يصح لما ذكرتم فيحمل على الاعتاق عن نفسه فاذا أعتق يقع عنه (وأما) بيع المشترى العقار قبل القبض فجائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف استحسانا وعند محمد وزفر والشافعى رحمهم الله لا يجوز قياسا واحتجوا بعموم النهى الذى روينا ولان القدرة على القبض عند العقد شرط صحة العقد لما ذكرنا ولا قدرة الا بتسليم الثمن وفيه غرر ولهما عمومات البياعات من الكتاب العزيز من غير تخصيص ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد عندنا أو نحمله على المنقول توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض ولان الاصل فى ركن البيع اذا صدر من الاهل فى المحل هو الصحة والامتناع لعارض الغرر وهو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه ولا يتوهم هلاك العقار فلا يتقرر الغرر فبقى بيعه على حكم الاصل وكما لا يجوز بيع المشترى المنقول قبل القبض لا يجوز بيع الاجرة المنقولة قبل القبض اذا كانت عينا وبدل الصلح المنقول اذا كان عينا والاصل أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه كالمبيع والاجرة وبدل الصلح اذا كان منقولا معينا وكل عوض ملك بعقد لا ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض يجوز التصرف فيه كالمهر وبدل الخلع وبدل العتق وبدل الصلح عن دم العمد وفقه هذا الاصل ماذكرنا ان الاصل هو الصحة فى التصرف الصادر من الاهل المضاف الى المحل والفساد بعارض غرر الانفساخ ولا يتوهم ذلك فى هذه التصرفات لانها لا تحتمل الفسخ فكان القول بجواز هذه التصرفات عملا بالاصل وأنه واجب وكذلك الميراث يجوز التصرف فيه قبل القبض لان معنى الغرر لا يتقرر فيه ولان الوارث خلف الميت فى ملك الموروث وخلف الشئ قائم مقامه كانه هو فكان المورث قائم ولو كان قائما لجاز تصرفه فيه كذا الوارث وكذلك الموصى به بان أوصى الى انسان بشئ ثم مات الموصى فللموصى له أن يتصرف قبل القبض لان الوصية أخت الميراث ويجوز التصرف فى الميراث قبل القبض فكذا فى الموصى به وهل يجوز بيع المقسوم بعد القسمة قبل القبض ينظر ان كان ماوقع عليه القسمة مما يجبر عليه الشركاء اذا طلبها واحد منهم جاز لواحد منهم أن يبيع نصيبه بعد القسمة قبل القبض سواء كان منقولا أو غير منقول لان القسمة فى مثله افراز وان كان مما لا يجبر عليه الشركاء عند طلب واحد منهم كالاشياء المختلفة والرقيق على قول أبى حنيفة لا يجوز بيعه قبل القبض ان كان منقولا وان كان عقارا فعلى الاختلاف الذى ذكرنا لان قسمة هذه الاشياء فيها معنى المبادلة فتشبه البيع والله عز اسمه أعلم (وأما) بيع الدين قبل القبض فنقول وبالله التوفيق الديون أنواع (منها) مالا يجوز بيعه قبل القبض ومنها ما يجوز أما الذى لا يجوز بيعه قبل القبض فنحو رأس مال السلم لعموم النهى ولان قبضه فى المجلس شرط وبالبيع يفوت القبض حقيقة وكذا المسلم فيه لانه مبيع لم يقبض وكذا لو باع رأس مال السلم بعد الاقالة قبل القبض لا يجوز استحسانا والقياس أن يجوز وهو قول زفر (وجه) القياس أن عقد السلم ارتفع بالاقالة لانها فسخ وفسخ العقد رفعه من الاصل وجعله كانه لم يكن واذا ارتفع العقد من الاصل عاد رأس المال الى قديم ملك رب المال فكان محلا للاستبدال كما كان قبل السلم ولهذا يجب قبض رأس المال بعد

الاقالة فى مجلس الاقالة (وجه) الاستحسان عموم النهى الذى روينا الا من حيث خص بدليل وفى الباب نص خاص وهو ما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لرب السلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك وفى رواية خذ سلمك أو رأس مالك نهى النبى عليه الصلاة والسلام رب السلم عن الاخذ عاما واستثنى أخذ السلم أو رأس المال فبقى أخذ ما وراءهما على أصل النهى وكذا اذا انفسخ السلم بعد صحته لمعنى عارض نحو ذمى اسلم الى ذمى عشرة دراهم فى خمر ثم اسلما أو أسلم أحدهما قبل قبض الخمر حتى بطل السلم ووجب على المسلم اليه رد رأس المال لا يجوز لرب السلم الاستبدال استحسانا لما روينا ولو كان السلم فاسدا من الاصل ووجب على المسلم اليه رد رأس المال لفساد السلم يجوز الاستبدال لان السلم اذا كان فاسدا فى الاصل لا يكون له حكم السلم فكان رأس مال السلم بمنزلة سائر الديون من القرض وثمن المبيع وضمان الغصب والاستهلاك (وأما) بدل الصرف فلا يجوز بيعه قبل القبض فى الابتداء وهو حال بقاء العقد ويجوز فى الانتهاء وهو ما بعد الاقالة بخلاف رأس مال السلم فانه لا يجوز بيعه فى الحالين (ووجه) الفرق أن القياس جواز الاستبدال بعد الاقالة فى الناس جميعا لما ذكرنا أن الاقالة فسخ وفسخ العقد رفعه من الاصل كان لم يكن ولو لم يكن العقد لجاز الاستبدال فكذا اذا رفع والحق بالعدم فكان ينبغى أن يجوز الاستبدال فيهما جميعا الا أن الحرمة فى باب السلم ثبتت نصاً بخلاف القياس وهو ما روينا والنص ورد فى السلم فبقى جواز الاستبدال بعد الاقالة فى الصرف على الاصل وكذا الثياب الموصوفة فى الذمة المؤجلة لا يجوز بيعها قبل القبض للنهى سواء كان ثبوتها فى الذمة بعقد السلم أو غيره لأن الثياب كما تثبت فى الذمة مؤجلة بطريق السلم تثبت دينا فى الذمة مؤجلة لا بطريق السلم بان باع عبدا بثوب موصوف فى الذمة مؤجل فانه يجوز بيعه ولا يكون جوازه بطريق السلم بدليل ان قبض العبد ليس بشرط وقبض رأس مال السلم شرط جواز السلم وكذا اذا أجر داره بثوب موصوف فى الذمة مؤجل جازت الاجارة ولا يكون سلما وكذا لو ادعى عينا فى يد رجل فصالحه من دعواه على ثوب موصوف فى الذمة مؤجل جاز الصلح ولا يكون هذا اسلماً ولا يجوز الاستبدال به كما لا يجوز بالمسلم فيه وان لم يكن ثبوته بعقد السلم فهذه جملة الديون التى لا يجوز بيعها قبل القبض وما سواها من ثمن المبيع والقرض وقيمة المغصوب والمستهلك ونحوها فيجوز بيعها ممن عليه قبل القبض وقال الشافعى رحمه الله ثمن المبيع اذا كان عينا لا يجوز بيعه قبل القبض قولا واحدا وان كان دينا لا يجوز فى أحد قوليه أيضا بناء على أن الثمن والمثمن عنده من الاسماء المترادفة يقعان على مسمى واحد فكان كل واحد منهما مبيعا فكان بيع المبيع قبل القبض وكذا النهى عن بيع ما لم يقبض عام لا يفصل بين المبيع والثمن وأما على أصلنا فالمبيع والثمن من الاسماء المتباينة فى الاصل يقعان على معنيين متباينين على ما نذكره ان شاء الله تعالى فى موضعه ولا حجة له فى عموم النهى لان بيع ثمن المبيع ممن عليه صار مخصوصا بحديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما على ما نذكره (وأما) بيع هذه الديون من غير من عليه والشراء بها من غير من عليه فينظر ان أضاف البيع والشراء الى الدين لم يجز بأن يقول لغيره بعت منك الدين الذى فى ذمة فلان بكذا أو يقول اشتريت منك هذا الشىء بالدين الذى فى ذمة فلان لان ما فى ذمة فلان غير مقدور التسليم فى حقه والقدرة على التسليم شرط انعقاد العقد على ما مر بخلاف البيع والشراء بالدين ممن عليه الدين لان ما فى ذمته مسلم له وان لم يضف العقد الى الدين الذى عليه جاز ولو اشترى شيأ بثمن دين ولم يضف العقد الى الدين حتى جاز ثم أحال البائع على غريمه بدينه الذى له عليه جازت الحوالة سواء كان الدين الذى أحيل به دينا يجوز بيعه قبل القبض أو لا يجوز كالسلم ونحوه وذكر الطحاوى رحمه الله انه لا تجوز الحوالة بدين لا يجوز بيعه قبل القبض وهذا غير سديد لان هذا توكيل بقبض الدين فان المحال له يصير بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحتال له والتوكيل بقبض الدين جائز أى دين كان ويكون قبض وكيله كقبض موكله ولو باع هذا الدين ممن عليه الدين جاز بأن اشترى منه شيأ بعينه بدينه الذى له فى ذمته لانه باع ما هو مقدور التسليم عند الشراء لان ذمته فى

يده بخلاف الاول وكذا اذا صالح معه من دينه على شئ بعينه جاز الصلح والله سبحانه وتعالى اعلم (ومنها) أن يكون البدل منطوقا به في أحد نوعي المبادلة وهي المبادلة القولية فان كان مسكوتا عنه فالبيع فاسد بأن قال بعت منك هذا العبد وسكت عن ذكر الثمن فقال المشتري اشتريت لما ذكرنا ان البيع في اللغة مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب وفي الشرع مبادلة المال بالمال فاذا لم يكن البدل منطوقا به ولا بيع بدون البدل اذ هو مبادلة كان بدله قيمته فكان هذا بيع العبد بقيمته وانه فاسد وهكذا السبيل في البياعات الفاسدة انها تكون بيعا بقيمة المبيع على ما نذكر في موضعه هذا اذا سكت عن ذكر الثمن فأما اذا نفاه صريحا بأن قال بعتك هذا العبد بغير ثمن أو بلا ثمن فقال المشترى اشتريت اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا والسكوت عن الثمن سواء والبيع فاسد وقال بعضهم البيع باطل (وجه) قول الاولين ان قوله بلا ثمن باطل لان البيع عقد مبادلة فكان ذكره ذكرا للبدل فاذا قال بغير ثمن فقد نفى ما أثبته فبطل قوله بلا ثمن وبقي قوله بعت مسكوتا عن ذكر الثمن فكأنه باع وسكت عن ذكر الثمن (وجه) قول الآخرين ان عند السكوت عن ذكر الثمن يصير البدل مذكورا بطريق الدلالة فاذا نص على نفي الثمن بطلت الدلالة فلم يكن هذا بيعا أصلا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الخلو عن الربا وان شئت قلت ومنها المماثلة بين البدلين في أموال الربا حتى لو انتفت فالبيع فاسد لانه بيع ربا والبيع الذي فيه ربا فاسد لان الربا حرام بنص الكتاب الكريم قال الله عز وجل وحرم الربا والكلام في مسائل الربا في الاصل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان الربا في عرف الشرع انه ما هو والثاني في بيان علته انها ما هي والثالث في بيان شرط جريان الربا (أما) الاول فالربا في عرف الشرع نوعان ربا الفضل وربا النساء (أما) ربا الفضل فهو زيادة عين مال شرطت في عقد البيع على المعيار الشرعي وهو الكيل أو الوزن في الجنس عندنا وعند الشافعي هو زيادة مطلقة في المطعوم خاصة عند اتحاد الجنس خاصة (وأما) ربا النساء فهو فضل الحلول على الاجل وفضل العين على الدين في المكيلين أو الموزونين عند اختلاف الجنس أو في غير المكيلين أو الموزونين عند اتحاد الجنس عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو فضل الحلول على الاجل في المطعومات والاثمان خاصة والله تعالى أعلم (وأما) الثاني وهو بيان العلة فنقول الاصل المعلول في هذا الباب باجماع القائسين الحديث المشهور وهو ما روى أبو سعيد الخدري وعبادة بن الصامت رضي الله عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والشعير بالشعير مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والتمر بالتمر مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا أي بيعوا الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد وروى مثل بمثل بالرفع أي بيع الحنطة بالحنطة مثل بمثل يد بيد جائز فهذا النص معلول باتفاق القائسين غير انهم اختلفوا في العلة قال أصحابنا علة ربا الفضل في الاشياء الاربعة المنصوص عليها الكيل مع الجنس وفي الذهب والفضة الوزن مع الجنس فلا تتحقق العلة الا باجتماع الوصفين وهما القدر والجنس وعلة ربا النساء هي احد وصفي علة ربا الفضل اما الكيل أو الوزن المتفق أو الجنس وهذا عندنا وعند الشافعي علة ربا الفضل في الاشياء الاربعة الطعم وفي الذهب والفضة الثمنية في قول وفي قول هما غير معلولين وعلة ربا النساء ما هو علة ربا الفضل وهي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان دون الجنس اذ الاصل عنده حرمة بيع المطعوم بجنسه (وأما) التساوي في المعيار الشرعي مع اليد مخلص من الحرمة بطريق الرخصة احتج الشافعي لاثبات هذا الاصل بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء هذا الاصل يدل على ان الاصل حرمة بيع المطعوم بجنسه وانما الجواز بعارض التساوي في المعيار الشرعي لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام بالطعام مطلقا واستثنى حالة المساواة فيدل على أن الحرمة هي الاصل في بيع المطعوم بالمطعوم من غير فصل بين القليل والكثير وفيه دليل أيضا على جعل الطعم علة لانه أثبت الحكم عقيب اسم مشتق من معنى والاصل ان الحكم اذا ثبت عقيب اسم مشتق من معنى

يصير موضع الاشتقاق علة للحكم المذكور كقوله تعالى جل وعلا والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وقوله سبحانه وتعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والطعام اسم مشتق من الطعم فيدل على كون الطعم علة ولان العلة اسم لوصف مؤثر فى الحكم ووصف الطعم مؤثر فى حرمة بيع المطعوم والحكم متى ثبت عقيب وصف مؤثر يحال اليه كما فى الزنا والسرقة ونحو ذلك وبيان تأثير الطعم انه وصف ينبئ عن العزة والشرف لكونه متعلق البقاء وهذا يشعر بعزته وشرفه فيجب اظهار عزته وشرفه وذلك فى تحريم بيع المطعوم بجنسه وتعليق جوازه بشرطى التساوى فى المعيار الشرعى واليد لان فى تعلقه بشرطين تضييق طريق اصابته وماضاق طريق اصابته يعز وجوده فيعز امساكه ولا يهون فى عين صاحبه فكان الاصل فيه هو الحظر ولهذا كان الاصل فى الابضاع الحرمة والحظر والجواز بشرطى الشهادة والولى اظهارا لشرفها لكونها منشأ البشر الذين هم المقصودون فى العالم وبهم قوامها والابضاع وسيلة الى وجود الجنس والقوت وسيلة الى بقاء الجنس فكان الاصل فيها الحظر والجواز بشرطين ليعز وجوده ولا تتيسر اصابته فلا يهون امساكه فكذا هذا وكذا الاصل فى بيع الذهب والفضة بجنسهما هو الحرمة لكونهما أثمان الاشياء فيها وعليها فكان قوام الاموال والحياة بها فيجب اظهار شرفها فى الشرع بما قلنا (ولنا) فى اثبات الاصل اشارات النصوص من الكتاب العزيز والسنة والاستدلال (أما) الكتاب فقوله تعالى أوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين وزنوا بالقسطاس المستقيم ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا فى الارض مفسدين وقال سبحانه وتعالى ويا قوم أوفوا المكيال والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تفسدوا فى الارض بعد اصلاحها جعل حرمة الربا بالمكيل والموزون مطلقا عن شرط الطعم فدل على ان العلة هى الكيل والوزن وقال سبحانه وتعالى ويل للمطففين الذين اذا اكتالوا على الناس يستوفون واذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون ألحق الوعيد الشديد بالتطفيف فى الكيل والوزن مطلقا من غير فصل بين المطعوم وغيره (وأما) السنة فما روى ان عامل خيبر أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرا جنيبا فقال أوكل تمر خيبر هكذا فقال لا ولكنى أعطيت صاعين وأخذت صاعا فقال عليه الصلاة والسلام أربيت هلا بعت تمرك بسلعة ثم ابتعت بسلعتك تمرا وكذلك الميزان وأراد به الموزون بطريق الكناية لمجاورة بينهما مطلقا من غير فصل بين المطعوم وغير المطعوم وكذا روى مالك بن أنس ومحمد بن اسحق الحنظلى باسنادهما الحديث المشهور الذى رواه محمد فى كتاب البيوع عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال فى آخره وكذلك كل ما يكال أو يوزن (وأما) الاستدلال فهو ان الفضل على المعيار الشرعى من الكيل والوزن فى الجنس انما كان ربا فى المطعومات والاثمان من الاشياء الستة المنصوص عليها لكونه فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز عنه فى عقد المعاوضة وقد وجد فى الجص والحديد ونحوهما فورود الشرع ثمة يكون ورودا ههنا دلالة وبيان ذلك ان البيع لغة وشرعا مبادلة المال بالمال وهذا يقتضى التساوى فى البدلين على وجه لا يخلو كل جزء من البدل من هذا الجانب عن البدل من ذلك الجانب لان هذا هو حقيقة المبادلة ولهذا لا يملك الاب والوصى بيع مال اليتيم بغبن فاحش ولا يصح من المريض الا من الثلث والقفيز من الحنطة مثل القفيز من الحنطة صورة ومعنى وكذلك الدينار مع الدينار (أما) الصورة فلأنهما تماثلان فى القدر وأما معنى فان المجانسة فى الاموال عبارة عن تقارب المالية فكان القفيز مثلا للقفيز والدينار مثلا للدينار ولهذا لو أتلف على آخر قفيزا من حنطة يلزمه قفيز مثله ولا يلزمه قيمته واذا كان القفيز من الحنطة مثلا للقفيز من الحنطة كان القفيز الزائد فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز عنه فى عقد المعاوضة فكان ربا وهذا المعنى لا يخص المطعومات والاثمان بل يوجد فى كل مكيل بجنسه وموزون بمثله فالشرع الوارد هناك يكون واردا ههنا دلالة (وأما) قوله الاصل حرمة بيع المطعوم بجنسه فممنوع ولا حجة له فى الحديث لانه عليه الصلاة والسلام ما اقتصر على النهى عن بيع الطعام بالطعام ليجعل الحظر فيه أصلا بل قرن به الاستثناء فقال عليه الصلاة والسلام الا سواء بسواء فلا يدل على كون الحرمة فيه أصلا وقوله جعل الطعم علة دعوى ممنوعة أيضا والاسم

المشتق من معنى انما يجعل علة للحكم المذكور عقيبه عندنا اذا كان له أثر كالزنا والسرقة ونحوهما فلم قلتم بأن للطعم أثرا وكونه متعلق البقاء لا يكون أثره في الاطلاق أولى من الحظر فان الاصل فيه هو التوسيع دون التضييق على ماعرف والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل تبنى مسائل الربا نقدا ونسيئة وفروع الخلاف بيننا وبين الشافعي أما ربا النقد ففائدة الخلاف فيه تظهر في موضعين أحدهما في بيع مكيل بجنسه غير مطعوم أو موزون بجنسه غير مطعوم ولا ثمن كبيع قفيز جص بقفيزي جص وبيع من حديد بمنوي حديد عندنا لا يجوز لانه بيع ربا لوجود علة الربا وهو الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس وعنده يجوز لان العلة هي الطعم أو الثمنية ولم يوجد وعلى هذا الخلاف بيع كل مقدر بجنسه من المكيلات والموزونات غير المطعومات والاثمان كالنورة والزرنيخ والصفر والنحاس ونحوها (وأما) بيع المكيل المطعوم بجنسه متفاضلا وبيع الموزون المطعوم بجنسه متفاضلا كبيع قفيز أرز بقفيزي أرز وبيع من سكر بمنوي سكر فلا يجوز بالاجماع أما عندنا فلوجود القدر والجنس وعنده لوجود الطعم والجنس وكذا كل موزون هو مأكول أو مشروب كالدهن والزيت والخل ونحوها ويجوز بيع المكيل بغير جنسه متفاضلا مطعوما كان أو غير مطعوم بعد أن يكون يدا بيد كبيع قفيز حنطة بقفيزي شعير وبيع قفيز جص بقفيزي نورة ونحو ذلك لان علة الربا الفضل بمجموع الوصفين وقد انعدم أحدهما وهو الجنس وكذا بيع الموزون بغير جنسه متفاضلا جائز ثمنين كانا أو مثمنين بعد أن يكون يدا بيد كبيع دينار بمائة درهم وبيع من حديد بمنوي نحاس أو رصاص ونحو ذلك لما قلنا ويجوز بيع المذروعات والمعدودات المتفاوتة واحدا باثنين يدا بيد كبيع ثوب بثوبين وعبد بعبدين وشاة بشاتين ونصل بنصلين ونحو ذلك بالاجماع أما عندنا فلانعدام أحد الوصفين وهو الكيل والوزن وعنده لانعدام الطعم والثمنية (وأما) بيع الاواني الصفرية واحدا باثنين كبيع قمقمة بقمقمتين ونحو ذلك فان كان مما يباع عددا يجوز لان العدفي العدديات ليس من أوصاف علة الربا فلا يتحقق الربا وان كان مما يباع وزنا لا يجوز لانه بيع مال الربا بجنسه مجازفة ويجوز بيع المعدودات المتقاربة من غير المطعومات بجنسها متفاضلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف بعد أن يكون يدا بيد كبيع الفلس بالفلسين باعيانهما وعند محمد لا يجوز (وجه) قوله أن الفلوس أثمان فلا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا كالدراهم والدنانير ودلالة الوصف عبارة عما تقدر به مالية الاعيان ومالية الاعيان كما تقدر بالدراهم والدنانير تقدر بالفلوس فكانت أثمانا ولهذا كانت أثمانا عند مقابلتها بخلاف جنسها وعند مقابلتها بجنسها حالة المساواة وان كانت ثمنا فالثمن لا يتعين وان عين كالدراهم والدنانير فالتحق التعيين فيهما بالعدم فكان بيع الفلس بالفلسين بغير أعيانهما وذا لا يجوز ولانها اذا كانت أثمانا فالواحد يقابل الواحد فبقي الآخر فضل مال لا يقابله عوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا (ولهما) أن علة ربا الفضل هي القدر مع الجنس وهو الكيل أو الوزن المتفق عند اتحاد الجنس والمجانسة ان وجدت ههنا فلم يوجد القدر فلا يتحقق الربا وقوله الفلوس أثمان قلنا ثمنيتها قد بطلت في حقهما قبل البيع فالبيع صادفها وهي سلع عددية فيجوز بيع الواحد بالاثنين كسائر السلع العددية كالقماقم العددية وغيرها الا أنها بقيت أثمانا عند مقابلتها بخلاف جنسها وبجنسها حالة المساواة لان خروجها عن وصف الثمنية كان لضرورة صحة العقد وجوازه لانهما قصدا الصحة ولا صحة الا بما قلنا ولا ضرورة ثمة لان البيع جائز في الحالين بقيت على صفة الثمنية أو خرجت عنها والثاني في بيع مطعوم بجنسه ليس بمكيل ولا موزون كبيع حفنة حنطة بحفنتين منها أو بطيخة ببطيختين أو تفاحة بتفاحتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين يجوز عندنا لعدم العلة وبقي الكيل مع الجنس أو الوزن وعنده لا يجوز لوجود الطعم والجنس وكذا لو باع حفنة بحفنة أو تفاحة بتفاحة أو بيضة ببيضة يجوز عندنا لما قلنا وعنده لا يجوز لوجود الطعم لان حرمة بيع المطعوم بجنسه هو العزيمة عنده والتساوي في الكيل أو الوزن مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة ولم يوجد المخلص فبقي على أصل الحرمة (وأما) ربا النساء وفروعه وفائدة الاختلاف فيه فالاصل فيه ماروي عن ابراهيم النخعي أنه قال أسلم

ما يكال فيما يوزن وأسلم ما يوزن فيما يكال ولا تسلم ما يكال فيما يكال ولا ما يوزن فيما يوزن واذا اختلف النوعان مما يكال أو يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد ولا خير فيه نسيئة ولا بد من شرح هذه الجملة وتفصيل ما يحتاج منها الى التفصيل لانه رحمه الله أجرى القضية فيها عامة ومنها ما يحتمل العموم ومنها ما لا يحتمل فلا بد من بيان ذلك فنقول وبالله التوفيق لا يجوز اسلام المكيلات فى المكيلات على العموم سواء كانا مطعومين كالحنطة فى الحنطة أو فى الشعير أو غير مطعومين كالجص فى الجص أو فى النورة وكذلك بيع المكيل بالمكيل حالا الا سلما لكن دينا موصوفا فى الذمة لا يجوز سواء كانا من جنس واحد أو من جنسين مطعومين كانا أو غير مطعومين عندنا لان أحد وصفى علة ربا الفضل جمعهما وهو الكيل وعند الشافعى رحمه الله ان كانا مطعومين فكذلك وان لم يكونا مطعومين جاز لان العلة عنده الطعم (وأما) اسلام الموزونات فى الموزونات ففيه تفصيل ان كانا جميعا مما يتعينان فى العقد لا يجوز أيضا سواء كانا مطعومين كالسكر فى الزعفران أو غير مطعومين كالحديد فى النحاس لوجود أحد وصفى علة ربا الفضل الذى هو علة تامة لربا النساء وعند الشافعى يجوز فى غير المطعوم ولا يجوز فى المطعوم لما قلنا وان كانا مما لا يتعينان فى العقد كالدراهم فى الدنانير والدنانير فى الدراهم أو الدراهم فى الدراهم والدنانير فى الدنانير أو لا يتعين المسلم فيه كالحديد فى الدراهم والدنانير لا يجوز لان المسلم فيه مبيع لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم فهذا يقتضى ان يكون السلم بيع ما ليس عند الانسان لانه رخص فى بعض ما دخل تحت النهى والداخل تحت النهى هو البيع دل ان السلم نوع بيع ليستقيم اثبات الرخصة فيه فكان المسلم فيه مبيعا والمبيع مما يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا يحتملان التعيين شرعا فى عقود المعاوضات فلم يكونا متعينين فلا يصلحان مسلما فيهما وان كان رأس المال مما لا يتعين والمسلم فيه مما يتعين كما لو أسلم الدراهم أو الدنانير فى الزعفران أو فى القطن أو الحديد وغيرها من سائر الموزونات فانه يجوز لانعدام العلة وهى القدر المتفق أو الجنس أما المجانسة فظاهرة الانتفاء وأما القدر المتفق فلان وزن الثمن يخالف وزن المثمن ألا ترى ان الدراهم توزن بالمثاقيل والقطن والحديد يوزنان بالقبان فلم يتفق القدر فلم توجد العلة فلا يتحقق الربا هذا اذا أسلم الدراهم أو الدنانير فى سائر الموزونات فأما اذا أسلم نقرة فضة أو تبر ذهب أو المصوغ فيها فهل يجوز ذكر الاختلاف فيه بين أبى يوسف وزفر على قول أبى يوسف يجوز وعلى قول زفر لا يجوز (وجه) قول زفر أنه وجد علة ربا النساء وهى أحد وصفى علة ربو الفضل وهو الوزن فى المالين فيتحقق الربا (وجه) قول أبى يوسف ان أحد الوصفين الذى هو علة القدر المتفق لا مطلق القدر ولم يوجد لان النقرة أو التبر من جنس الاثمان وأصل الاثمان ووزن الثمن يخالف وزن المثمن على ما ذكرنا فلم يتفق القدر فلم توجد العلة فلا يتحقق الربا كما اذا أسلم فيها الدراهم والدنانير ولو أسلم فيها الفلوس جاز لان الفلس عددى والعدد فى العدديات ليس من أوصاف العلة ولو أسلم فيها الاوانى الصفرية ينظر ان كانت تباع وزنا لم يجز لوجود الوزن الذى هو أحد وصفى علة ربا الفضل وان كانت تباع عددية جاز لانعدام العلة وأما اسلام المكيلات فى الموزونات فهو أيضا على التفصيل فان كان الموزون مما يتعين بالتعيين يجوز سواء كانا مطعومين كالحنطة فى الزيت أو الزعفران أو غير مطعومين كالجص فى الحديد عندنا لعدم العلة وعند الشافعى لا يجوز فى المطعومين لوجود العلة وان كان مما لا يتعين بالتعيين وهو الدراهم والدنانير لا يجوز لما مر ان شرط جواز السلم أن يكون المسلم فيه مبيعا والدراهم والدنانير أثمان أبدا بخلاف سائر الموزونات ثم اذا لم يجز هذا العقد سلما هل يجوز بيعا ينظر ان كان بلفظ البيع يجوز ويكون بيعا بثمن مؤجل لانه ان تعذر تصحيحه أمكن تصحيحه سلما بيعا بثمن مؤجل فيجعل بيعا به وان كان بلفظ السلم اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لان السلم يخالف مطلق البيع فى الاحكام والشرائط فاذا لم يصح سلما بطل رأسا وقال بعضهم يجوز لان السلم نوع بيع ألا ترى ان النبى عليه الصلاة والسلام سماه بيعا حين نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم ولهذا ينعقد بلفظ البيع الا أنه اختص بشرائط مخصوصة فاذا تعذر تصحيحه بيعا هو سلم يصحح بيعا بثمن

مؤجل

مؤجل تصحيحاً للتصرف بالقدر الممكن وأما اسلام الموزونات في المكيلات فجائز على العموم سواء كان الموزون الذي جعله رأس المال عرضا يتعين بالتعيين أو ثمنا لا يتعين بالتعيين وهو الدراهم والدنانير لانه لم يجمعهما أحد الوصفين وهو القدر المتفق أو الجنس فلم توجد العلة ولو أسلم جنسا في جنسه وغير جنسه كما اذا أسلم مكيلا في مكيل وموزون لم يجز السلم في جميعه عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في حصة خلاف الجنس وهو الموزون وهو على اختلافهم فيمن جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وقد ذكرناه فيما تقدم (وأما) اسلام غير المكيل والموزون في جنسه من الذرعيات والعدديات كالهروي في الهروي والمروي في المروي والحيوان في الحيوان فلا يجوز عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجوز ولقب هذه المسئلة أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا وعنده لا يحرم فلا يجوز اسلام الجوز في الجوز والبيض في البيض والتفاح في التفاح والحفنة في الحفنة بالاجماع لوجود الجنس عندنا ولوجود الطعم عنده وأجمعوا على انه يجوز اسلام الهروي في المروي لانعدام أحد الوصفين عندنا وعنده لانعدام الطعم والثمنية ويجوز اسلام الجوز في البيض والتفاح في السفرجل والحيوان في الثوب عندنا لما قلنا وعنده لا يجوز في المطعوم لوجود الطعم ولو أسلم الفلوس في الفلوس لا يجوز عندنا لوجود الجنس وعنده لوجود الثمنية وكذا اذا أسلم الاواني الصفرية في جنسها وهي تباع عددا لا يجوز عندنا لوجود المجانسة وعنده لوجود الثمنية والكلام في مسئلة الجنس بانفراده مبني على الكلام في مسئلة الربا وأصل الشافعي فيما ذكرنا أن حرمة بيع المطعوم بجنسه وحرمة بيع الأثمان بجنسها هي الاصل والتساوي في المعيار الشرعي مع اليد مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة أو ربا النساء عنده هو فضل الحلول على الاجل في المطعومات والثمنية في الأثمان وقد ذكرنا ماله من الدليل على صحة هذا الاصل فيما تقدم والكلام لاصحابنا في هذه المسئلة على نحو ما ذكرنا في علة ربا الفضل وهو ان السلم في المطعومات والأثمان انما كان ربا لكونه فضلا خاليا عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة لان البيع عقد مبادلة على طريق المقابلة والمساواة في البدلين ولهذا لو كانا نقدين يجوز ولا مساواة بين النقد والنسيئة لان العين خير من الدين والمعجل أكثر قيمة من المؤجل فكان ينبغي أن يكون كل فضل مشروط في البيع ربا سواء كان الفضل من حيث الذات أو من حيث الاوصاف الا ما لا يمكن التحرز عنه دفعا للحرج وفضل التعيين يمكن التحرز عنه بأن يبيع عينا بعين وحالا غير مؤجل وهذا المعنى موجود في غير المطعوم والأثمان فورود الشرع ثمة يكون ورودا ههنا دلالة وابتداء الدليل لنا في المسئلة ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا ربا الا في النسيئة وروي انما الربا في النسيئة حقق عليه الصلاة والسلام الربا في النسيئة من غير فصل بين المطعوم والأثمان وغيرها فيجب القول بتحقيق الربا فيها على الاطلاق والعموم الا ما خص أو قيد بدليل والربا حرام بنص الكتاب العزيز واذا كان الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل وعلة ربا النسيئة عندنا وشرط علة ربا الفضل عنده فلا بد من معرفة الجنس من كل ما يجري فيه الربا فنقول وبالله التوفيق الحنطة كلها على اختلاف أنواعها وأوصافها وبلدانها جنس واحد وكذلك الشعير وكذلك دقيقهما وكذا سويقهما وكذلك التمر وكذلك الملح وكذلك العنب وكذلك الزبيب وكذلك الذهب والفضة فلا يجوز بيع كل مكيل من ذلك بجنسه متفاضلا في الكيل وان تساويا في النوع والصفة بلا خلاف وأما متساويا في الكيل متفاضلا في النوع والصفة فنقول لا خلاف في انه يجوز بيع الحنطة بالحنطة السقية بالسقية والنحسية بالنحسية وأحدهما بالاخرى والجيدة بالجيدة والرديئة بالرديئة وأحدهما بالاخرى والجديدة بالجديدة والعتيقة بالعتيقة وأحدهما بالاخرى والمقلوة بالمقلوة وكذلك الشعير على هذا وكذلك دقيق الحنطة ودقيق الشعير فيجوز بيع دقيق الحنطة بدقيق الحنطة وسويق الحنطة بسويق الحنطة وكذا دقيق الشعير وسويقه وكذا التمر بالتمر البرني بالمعقلي والجيد بالرديء والجديد بالجديد والعتيق بالعتيق وأحدهما بالآخر وكذلك العنب بالعنب والزبيب اليابس بالزبيب اليابس ولا خلاف في انه لا يجوز بيع حنطة مقلية بحنطة غير مقلية والمطبوخة بغير مطبوخة وبيع

الحنطة بدقيق الحنطة و بسويق الحنطة و بيع تمر مطبوخ بتمر غير مطبوخ متفاضلا فى الكيل أو متساويا فيه لان المقلية ينضم بعض أجزائها الى بعض يعرف ذلك بالتجربة فيتحقق الفضل من حيث القدر فى الكيل فيتحقق الربا وكذا المطبوخة بغير المطبوخة لان المطبوخ ينتفخ بالطبخ فكان غير المطبوخة أكثر قدرا عند العقد فيتحقق الفضل وكذلك بيع الحنطة بدقيق الحنطة لان فى الحنطة دقيقاً الا انه مجتمع لوجود المانع من التفرق وهو التركيب وذلك أكثر من الدقيق المتفرق عرف ذلك بالتجربة الا ان الحنطة اذا طحنت ازداد دقيقها على المتفرق ومعلوم ان الطحن لا أثر له فى زيادة القدر فدل انه كان أزيد فى الحنطة فيتحقق الفضل من حيث القدر بالتجربة عند العقد فيتحقق الربا وأما بيع الحنطة المبلولة أو الندية بالندية أو الرطبة بالرطبة أو المبلولة بالمبلولة أو اليابسة باليابسة وبيع التمر بالرطب والرطب بالرطب أو بالتمر والمنقع بالمنقع والعنب بالزبيب اليابس واليابس بالمنقع والمنقع بالمنقع متساويا فى الكيل فهل يجوز قال أبو حنيفة رحمه الله كل ذلك جائز وقال أبو يوسف رحمه الله كله جائز الا بيع التمر بالرطب وقال محمد رحمه الله كله فاسد الا بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب وقال الشافعى رحمه الله كله باطل ويجوز بيع الكفرى بالتمر والرطب بالبسر متساويا ومتفاضلا بالاجماع لعدم الجنس والكيل اذ هو اسم لوعاء الطلع فأبو حنيفة رحمه الله يعتبر المساواة فى الحال عند العقد ولا يلتفت الى النقصان فى المآل ومحمد رحمه الله يعتبرها حالا ومآلا واعتبار أبى يوسف مثل اعتبار أبى حنيفة الا فى الرطب بالتمر فانه يفسده بالنص وأصل الشافعى رحمه الله ماذكرنا فى مسئلة علة الربا ان حرمة بيع المطعوم بجنسه هى الاصل والتساوى فى المعيار الشرعى مع اليد مخلص الا انه يعتبر التساوى ههنا فى المعيار الشرعى فى أعدل الاحوال وهى حالة الجفاف واحتج أبو يوسف ومحمد بما روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر وقال عليه الصلاة والسلام انه ينقص اذا جف بين عليه الصلاة والسلام الحكم وعلته وهى النقصان عند الجفاف فمحمد عدى هذا الحكم الى حيث تعدت العلة وأبو يوسف قصره على محل النص لكونه حكما ثبت على خلاف القياس ولا بى حنيفة رحمه الله الكتاب الكريم والسنة المشهورة اما الكتاب فعمومات البيع من نحو قوله تعالى وأحل الله البيع وقوله عز شأنه يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم فظاهر النصوص يقتضى جواز كل بيع الا ما خص بدليل وقد خص البيع متفاضلا على المعيار الشرعى فبقى البيع متساويا على ظاهر العموم وأما السنة المشهورة فحديث أبى سعيد الخدرى وعبادة بن الصامت رضى الله عنهما حيث جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والتمر بالتمر مثلا بمثل عاما مطلقاً من غير تخصيص وتقييد ولا شك ان اسم الحنطة والشعير يقع على كل جنس الحنطة والشعير على اختلاف أنواعهما وأوصافهما وكذلك اسم التمر يقع على الرطب والبسر لانه اسم لتمر النخل لغة فيدخل فيه الرطب واليابس والمذنب والبسر والمنقع وروى ان عامل خيبر أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرا جنيباً فقال عليه الصلاة والسلام أوكل تمر خيبر هكذا وكان أهدى اليه رطباً فقد أطلق عليه الصلاة والسلام اسم التمر على الرطب وروى انه نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع التمر حتى يزهو أى يحمر أو يصفر وروى حتى يحمار أو يصفار والاحمرار والاصفرار من أوصاف البسر فقد أطلق عليه الصلاة والسلام اسم التمر على البسر فيدخل تحت النص وأما الحديث فمداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة فلا يقبل فى معارضة الكتاب والسنة المشهورة ولهذا لم يقبله أبو حنيفة رحمه الله فى المناظرة فى معارضة الحديث المشهور مع انه كان من صيارفة الحديث وكان من مذهبه تقديم الخبر وان كان فى حد الآحاد على القياس بعد ان كان راويه عدلا ظاهر العدالة أو بأدلة فيحمله على بيع الرطب بالتمر نسيئة أو تمرا من مال اليتيم توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الذهب والفضة لا يجوز بيع كل بجنسه متفاضلا فى الوزن سواء اتفقا فى النوع والصفة بان كانا مضروبين دراهم أو دنانير أو مصوغين أو تبرين جيدين أو رديئين أو اختلفا لحديث المشهور مثلا بمثل والفضل

ربا واما متساويا في الوزن متفاضلا في النوع والصفة كالمصوغ بالتبر والجيد بالردىء فيجوز عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الجيد بالردىء واحتج بالحديث المشهور مثلا بمثل ولا مماثلة بين الجيد والردىء في القيمة وأما الحديث المشهور مثلا بمثل فالمراد منه المماثلة في الوزن وكذا روى في بعض الروايات وزنا بوزن وقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء وبه تبين ان الجودة عند المقابلة بجنسها لا قيمة لها شرعا فلا يظهر الفضل واللحوم معتبرة بأصولها فان تجانس الاصلان تجانس اللحمان فتراعى فيه المماثلة ولا يجوز الا متساويا وان اختلف الاصلان اختلف اللحمان فيجوز بيع أحدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا بعد ان يكون يدا بيد ولا يجوز نسيئة لوجود أحد وصفي علة ربا الفضل وهو الوزن اذا عرف هذا فنقول لحوم الابل كلها على اختلاف أنواعها من لحوم العراب والبخاتي والهجين وذي سنام واحد جنس واحد لان الابل كلها جنس واحد فكذا لحومها وكذا لحوم البقر والجواميس كلها جنس واحد ولحوم الغنم من الضأن والنعجة والمعز والتيس جنس واحد اعتبارا بالاصول وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اللحوم كلها جنس واحد اتحدت أصولها أو اختلفت حتى لا يجوز بيع لحم الابل بالبقر والبقر بالغنم متفاضلا (وجه) قوله ان اللحمين استويا اسما ومنفعة وهي التغذي والتقوي فاتحد الجنس فلزم اعتبار المماثلة في بيع بعضها ببعض (ولنا) ان أصول هذه اللحوم مختلفة الجنس فكذا اللحوم لانها فروع تلك الاصول واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع قوله الاسم شامل والمقصود متحد قلنا المعتبر في اتحاد الجنس اتحاد المقصود الخاص لا العام ألا ترى ان المطعومات كلها في معنى الطعم متحدة ثم لا يجعل كلها جنسا واحدا كالحنطة مع الشعير ونحو ذلك حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا مع اتحادهما في معنى الطعم لكن لما كان ذلك معنى عاما لم يوجب اتحاد الجنس كذا هذا وروى عن أبي يوسف انه يجوز بيع الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كانا من جنس واحد لانه لا يوزن عادة وعلى هذا الباب هذه الحيوانات حكمها حكم أصولها عند الاتحاد والاختلاف لانها متفرعة من الاصول فكانت معتبرة باصولها وكذا خل الدقل مع خل العنب جنسان مختلفان اعتبارا باصلهما واللحم مع الشحم جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمنافع وكذا مع الالية والالية مع الشحم جنسان مختلفان لما قلنا وشحم البطن مع شحم الظهر جنسان مختلفان وكذا مع الالية بمنزلة اللحم مع شحم البطن والالية لانه لحم سمين وصوف الشاة مع شعر المعز جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمنفعة وكذا غزل الصوف مع غزل الشعر والقطن مع الكتان جنسان مختلفان وكذا غزل القطن مع غزل الكتان ولا يجوز بيع غزل القطن بالقطن متساويا لان القطن ينقص بالغزل فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر كبيع الدقيق بالحنطة (وأما) الحيوان مع اللحم فان اختلف الاصلان فهما جنسان مختلفان كالشاة الحية مع لحم الابل والبقر فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة نقدا ونسيئة لانعدام الوزن والجنس فلا يتحقق الربا أصلا وان اتفقا كالشاة الحية مع لحم الشاة من مشايخنا من اعتبرهما جنسين مختلفين وبنوا عليه جواز بيع لحم الشاة بالشاة الحية مجازفة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعللوا لهما بانه باع الجنس بخلاف الجنس (ومنهم) من اعتبرهما جنسا واحدا وبنوا مذهبهما على أن الشاة ليست بموزونة وجريان ربا الفضل يعتمد اجتماع الوصفين الجنس مع القدر فيجوز بيع أحدهما بالآخر مجازفة ومفاضلة بعد أن يكون يدا بيد وهو الصحيح على ما عرف في الخلافيات وقال محمد لا يجوز الا على وجه الاعتبار على أن يكون وزن اللحم الخالص اكثر من اللحم الذي في الشاة الحية بالحزر والظن فيكون اللحم بازاء اللحم والزيادة بازاء خلاف الجنس من الاطراف والسقط من الراس والاكارع والجلد والشحم فان كان اللحم الخالص مثل قدر اللحم الذي في الشاة الحية أو أقل أو لا يدري لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع الشاة الحية بشحم الشاة أو باليتها وهذا مذهب أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله اللحوم كلها جنس واحد فلا يجوز بيع اللحم بالحيوان كيفما كان سواء اتفق الاصلان أو اختلفا باع مجازفة أو على طريق الاعتبار وأجمعوا على انه لا يجوز بيع الشاة بلحم الشاة نسيئة لوجود الجنس المحرم للنساء لان اللحم الخالص من جنس اللحم الذي في الشاة

وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع دهن السمسم بالسمسم الا على طريق الاعتبار وهو أن يكون الدهن الخالص اكثر من الدهن الذى فى السمسم حتى يكون الدهن بازاء الدهن والزائد بازاء خلاف جنسه وهو الكسب وكذلك دهن الجوز بلب الجوز (وأما) دهن الجوز بالجوز فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز مجازفة وقال بعضهم لا يجوز الا على طريق الاعتبار وأجمعوا على ان بيع النصال بالحديد غير المصنوع جائز مجازفة بعد أن يكون يدا بيد أما الكلام مع الشافعى رحمه الله فهو بنى مذهبه على اصل له ذكرناه غير مرة وهو ان حرمة بيع مأكول بجنسه هو العزيمة والجواز عند التساوى فى المعيار الشرعى رخصة ولا يعرف التساوى بين اللحم الخالص و بين اللحم الذى فى الشاة فيبقى على أصل الحرمة وقد أبطلنا هذا الاصل فى علة الربا (وأما) الكلام مع أصحابنا (فوجه) قول محمد رحمه الله أن فى تجويز المجازفة ههنا احتمال الربا فوجب التحرز عنه ما أمكن وأمكن بمراعاة طريق الاعتبار فلزم مراعاته قياساً على بيع الدهن بالسمسم والدليل على أن فيه الربا أن اللحم موزون فيحتمل أن يكون اللحم المنزوع أقل من اللحم الذى فى الشاة وزنا فيكون شئ من اللحم مع السقط زيادة و يحتمل أن يكون مثله فى الوزن فيكون السقط زيادة فوجب مراعاة طريق الاعتبار تحرزاً عن الربا عند الامكان ولهذا لم يجز بيع الدهن بالسمسم والزيت بالزيتون الا على طريق الاعتبار كذا هذا ولهذا قلنا ان هذا بيع الموزون بما ليس بموزون يداً بيد فيجوز مجازفة ومفاضلة استدلالا ببيع الحديد الغير المصنوع بالنصال مجازفة ومفاضلة يداً بيد ودلالة الوصف أن اللحم المنزوع وان كان موزونا فاللحم الذى فى الشاة ليس بموزون لان الموزون ماله طريق الى معرفة مقدار ثقله ولا طريق الى معرفة ثقل اللحم الذى فى الشاة لان الطريق اما أن يكون الوزن بالقبان واما أن يكون الاستدلال بالتجربة واما أن يكون بالحزر والتخمين من غير تفاوت فاحش وشئ من ذلك لا يصلح طريقا لمعرفة مقدار اللحم الذى فى الشاة (اما) الوزن بالقبان فلان الشاة لا توزن بالقبان عرفا ولا عادة ولو صلح الوزن طريقا الوزن لان امكان الوزن ثابت والحاجة الى معرفة مقدار اللحم الذى فيها ماسة حتى يتعرف المشترى ذلك بالجس والمس باليد والرفع من الارض ونحو ذلك ولان الحى يثقل بنفسه مرة و يخف أخرى فيختلف وزنه فدل أن الوزن لا يصلح طريق المعرفة (وأما) التجربة فان ذلك بالذبح ووزن المذبوح ليعرف اللحم الذى كان فيها عند العقد بطريق الظهور لا يمكن لان الشاة تحتمل الزيادة والنقصان والسمن والهزال ساعة فساعة فلا يعرف به مقدار ثقله حالة العقد بالتجربة (وأما) الحزر والظن فانه لا حزر لمن لا بصارة له فى هذا الباب بل يخطئ لا محالة ومن له بصارة يغلط أيضاً ظاهرا وغالباً و يظهر تفاوت فاحش فدل أنه لا طريق لمعرفة اللحم الذى فى الشاة الحية فلم يكن موزونا فلا يكون محلا للربا بالفضل بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم لان ذلك بيع الموزون بالموزون لانه يمكن معرفة مقدار الدهن فى السمسم بالتجربة بان يوزن قدر من السمسم فيستخرج دهنه فيظهر وزن دهنه الذى فى الجملة بالقياس عليه أو يعصر الجملة فيظهر قدر الدهن الذى كان فيها حالة العقد أو يعرف بالحزر والتخمين انه كم يخرج من الدهن من هذا القدر من غير تفاوت فاحش يلحق الضرر باحد العاقدين فكان ذلك بيع الموزون بالموزون مجازفة فلم يجز لاحتمال الربا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع شاة مذبوحة غير مسلوخة بلحم شاة لا يجوز الا على طريق الاعتبار بالاجماع لان اللحم الذى فى الشاة المذبوحة موزون فقد باع الموزون بجنسه و بخلاف جنسه فيراعى فيه طريق الاعتبار بخلاف اللحم الذى فى الشاة الحية فانه غير موزون لما قلنا فلم يتحقق الربا فجازت المجازفة فيه. ولو باع شاة حية بشاة مذبوحة غير مسلوخة مجازفة جاز بالاجماع اما عندهما فظاهر لانه باع الموزون بما ليس بموزون فلا يتحقق الربا كما لو باع شاة حية بلحم الشاة وأما عند محمد فلان اللحم يقابل اللحم و زيادة اللحم فى احداهما مع سقطها يكون بمقابلة سقط الاخرى فلا يتحقق الربا وكذلك لو باع شاتين حيتين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة جاز بالاجماع على اختلاف الاصلين ولو باع شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة يجوز و يكون اللحم بمقابلة اللحم وزيادة اللحم فى أحد الجانبين مع السقط يكون بمقابلة سقط

الاخرى ولو باع شاتين مذبوحتين مسلوختين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة يجوز ويقابل اللحم باللحم ومقابلة اللحم من المسلوختين بمقابلة سقط الاخرى ولو باع شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بشاة مذبوحة مسلوخة لا يجوز لان زيادة اللحم من غير المسلوختين مع السقط لا يقابله عوض فيكون ربا ولو باع شاتين مسلوختين بشاة مسلوخة لا يجوز لانهما مالان جمعهما الوزن فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر مفاضلة ومجازفة حتى لو كانا مستويين فى الوزن يجوز يداً بيد ولا يجوز بيع الزيت بالزيتون ودهن الكتان بالكتان والعصير بالعنب والسمن بلبن فيه سمن والصوف بشاة على ظهرها صوف واللبن بحيوان فى ضرعه لبن من جنسه والتمر بارض ونخل عليه تمر والحنطة بارض فيها زرع قد أدرك ونحو ذلك من أموال الربا حتى يكون المفرد أكثر من المجموع ليكون المثل بالمثل والزيادة بمقابلة خلاف الجنس وسنذكر أجناس هذه المسائل فى مواضعها ان شاء الله تعالى هذا اذا قوبل بدل من جنس ببدل من جنسه أو ببدلين من جنسه أو من خلاف جنسه فاما اذا قوبل ابدال من جنسين مختلفين بابدال من جنسين مختلفين فان كان من غير أموال الربا فلا شك أنه يجوز وتقسم الابدال من أحد الجانبين بالابدال من الجانب الآخر قسمة توزيع واشاعة من حيث التقويم وان كان من أموال الربا فيجوز أيضاً عند أصحابنا الثلاثة ويصرف الجنس الى خلاف الجنس فيقسم قسمة تصحيح لا قسمة اشاعة وتوزيع وعند زفر والشافعى لا يجوز ويقسم قسمة توزيع واشاعة من حيث القيمة كما فى غير أموال الربا وبيان ذلك فى مسائل اذا باع كر حنطة وكر شعير بكرى حنطة وكرى شعير جاز عند علمائنا الثلاثة وتصرف الحنطة الى الشعير والشعير الى الحنطة وعندهما لا يجوز وكذلك اذا باع درهما ودينارا بدرهمين ودينارين ويصرف الدرهم الى الدينارين والدينار الى الدرهمين (وجه) قول زفر والشافعى أن هذا بيع ربا فلا يجوز كبيع الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين ودلالة الوصف أنه قابل الجملة بالجملة مطلقا ومطلق مقابلة الجملة بالجملة يقتضى انقسام كل بدل من أحد الجانبين بجميع الابدال من الجانب الآخر على سبيل الشيوع من حيث القيمة اذا كانت الابدال مختلفة القيم استدلالا بسائر البياعات فى غير أموال الربا فانه اذا باع عبدا وجارية بفرس وثوب وقيمتهما مختلفة يقسم العبد على قيمة الفرس والثوب وكذا الجارية حتى لو وجد بواحد من الجملة عيبا يرده بحصته من البدلين وكذا لو استحق واحد منهما يرده بحصته من البدلين على البائع وكذا لو كان أحد البدلين داراً فالشفيع يأخذها بحصتها من البدلين فكان التقسيم على الوجه الذى قلنا هو الموجب الاصلى فى البياعات كلها والانقسام على هذا الوجه فى أموال الربا يحقق الربا لانه يصير بائعا كر حنطة وكرى شعير بكرى شعير وبكر حنطة فيتحقق الربا على أنه ان لم يتحقق الربا ففيه احتمال الربا وأنه مفسد للعقد كبيع الصبرة بالصبرة مجازفة (ولنا) عمومات البيع من غير فصل فمن ادعى التخصيص فعليه الدليل ولان المتعاقدين أطلقا مقابلة الجملة بالجملة والمطلق يتعرض للذات لا للصفات والجهات فلا يكون مقابلة الجنس بالجنس عينا ولا مقابلة الجنس بخلاف الجنس عينا فلا يتحقق الربا لانه اسم لفضل مال فى مقابلة الجنس بالجنس عينا ولم يوجد أو نقول مطلق المقابلة تحتمل مقابلة الجنس بالجنس على سبيل الشيوع من حيث القيمة كما قلتم وتحتمل مقابلة الجنس بخلاف الجنس لان كل ذلك مقابلة الجملة بالجملة الا انا لو حملناه على الاول يفسد العقد ولو حملناه على الثانى لصح فالحمل على ما فيه الصحة أولى وقوله موجب البيع المطلق المشتمل على ابدال من الجانبين انقسام كل بدل من أحد الجانبين على جميع الابدال من الجانب الآخر على الشيوع من حيث التقويم قلنا ممنوع لان هذا موجب العقد المطلق فى موضع فى مسائل البياعات فى غير أموال الربا ما ثبت الانقسام موجباله بل بحكم المعاوضة والمساواة فى الابدال لانهما لما أطلقا البيع وهو يشتمل على ابدال من الجانبين من غير تعيين مقابلة البعض بالبعض وليس البعض باولى من البعض فى التعيين فلزم القول بالاشاعة والتقسيم من حيث القيمة حكما للمعاوضة والمساواة وعند تحقق الضرورة وهى ضرورة الرد بالعيب بالاشاعة والرجوع عند الاستحقاق ونحو ذلك فلا يثبت الانقسام عند القيمة قبل تحقق الضرورة على

ماعرف وقوله فيه احتمال الربا قلنا احتمال الربا ههنا يوجب فساد العقد عند مقابلة الجنس بالجنس عينا كما فى بيع الصبرة بالصبرة لا على الاطلاق لان عند مقابلة الجنس بالجنس يلزم رعاية المماثلة المشروطة ولم توجد ههنا فلا توجب الفساد وعلى هذا اذا باع دينارا ودرهمين بدرهمين ودينارين انه يجوز عندنا ويكون الدينار بالدرهمين والدرهمان بالدينارين وكذا اذا باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم يجوز عندنا بأن يجعل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم وكذا اذا باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار انه جائز عندنا وتكون الخمسة بمقابلة الخمسة والخمسة الاخرى بمقابلة الدينار وكذلك اذا باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز عندنا وكانت العشرة بمثلها ودينار بدرهم وكذلك قال أبو حنيفة عليه الرحمة انه اذا باع مائة درهم ودينار بألف درهم يجوز ولا بأس به وتكون المائة بمقابلة المائة والتسعمائة بمقابلة الدينار فلا يتحقق الربا وكذا روى عن محمد انه قال اذا باع الدراهم بالدراهم وفى أحدهما فضل من حيث الوزن وفى الجانب الذى لا فضل فيه فلوس فهو جائز فى الحكم ولكنى اكرهه فقيل كيف تجده فى قلبك قال أجده مثل الجبل والحاصل انه ينظر الى ما يقابل الزيادة من حيث الوزن من خلاف الجنس ان بلغت قيمته قيمة الزيادة أو كانت أقل منها مما يتغابن الناس فيه عادة جاز البيع من غير كراهة وان كانت شيأ قليل القيمة كفلس وجوزة ونحو ذلك يجوز مع الكراهة وان كان شيأ لا قيمة له اصلا ككف من تراب ونحوه لا يجوز البيع أصلا لان الزيادة لا يقابلها عوض فيتحقق الربا

❊فصل❊ وأما شرائط جريان الربا (فمنها) أن يكون البدلان معصومين فان كان أحدهما غير معصوم لا يتحقق الربا عندنا وعند أبى يوسف هذا ليس بشرط ويتحقق الربا وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا دخل مسلم دار الحرب تاجرا فباع حربيا درهما بدرهمين أو غير ذلك من سائر البيوع الفاسدة فى حكم الاسلام انه يجوز عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجوز وعلى هذا الخلاف المسلم الاسير فى دار الحرب أو الحربى الذى أسلم هناك ولم يهاجر الينا فبايع أحدا من أهل الحرب (وجه) قول أبى يوسف ان حرمة الربا كما هى ثابتة فى حق المسلمين فهى ثابتة فى حق الكفار لانهم مخاطبون بالحرمات فى الصحيح من الاقوال فاشتراطه فى البيع يوجب فساده كما اذا بايع المسلم الحربى المستأمن فى دار الاسلام (ولهما) ان مال الحربى ليس بمعصوم بل هو مباح فى نفسه الا أن المسلم المستأمن منع من تملكه من غير رضاه لما فيه من الغدر والخيانة فاذا بذله باختياره ورضاه فقد زال هذا المعنى فكان الاخذ استيلاء على مال مباح غير مملوك وانه مشروع مفيد للملك كالاستيلاء على الحطب والحشيش وبه تبين ان العقد ههنا ليس بتملك بل هو تحصيل شرط التملك وهو الرضا لان ملك الحربى لا يزول بدونه وما لم يزل ملكه لا يقع الاخذ تملكا لكنه اذا زال فالملك للمسلم يثبت بالاخذ والاستيلاء لا بالعقد فلا يتحقق الربا لان الربا اسم لفضل يستفاد بالعقد بخلاف المسلم اذا باع حربيا دخل دار الاسلام بأمان لانه استفاد العصمة بدخوله دار الاسلام بأمان والمال المعصوم لا يكون محلا للاستيلاء فتعين التملك فيه بالعقد وشرط الربا فى العقد مفسد وكذلك الذمى اذا دخل دار الحرب فباع حربيا درهما بدرهمين أو غير ذلك من البيوع الفاسدة فى الاسلام فهو على هذا الخلاف الذى ذكرنا لان ما جاز من بيوع المسلمين جاز من بيوع أهل الذمة وما يبطل أو يفسد من بيوع المسلمين يبطل أو يفسد من بيوعهم الا الخمر والخنزير على ما نذكر ان شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون البدلان متقومين شرعا وهو أن يكونا مضمونين حقا للعبد فان كان أحدهما غير مضمون حقا للعبد لا يجرى فيه الربا وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا دخل المسلم دار الحرب فبايع رجلا أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا درهما بدرهمين أو غير ذلك من البيوع الفاسدة فى دار الاسلام انه يجوز عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز لان العصمة وان كانت ثابتة فالتقوم ليس بثابت عنده حتى لا يضمن نفسه بالقصاص ولا بالدية عنده وكذا ماله لا يضمن بالاتلاف لانه تابع للنفس وعندهما نفسه وماله معصومان متقومان والمسئلة تأتى فى كتاب السير ولو دخل مسلمان دار الحرب فتبايعا درهما بدرهمين أو غيره من البيوع الفاسدة فى دار الاسلام

لايجوز

لايجوز لان مال كل واحد منهما معصوم متقوم فكان التملك بالعقد فيفسد بالشرط الفاسد ولو أسلم الحربى الذى بايع المسلم ودخل دار الاسلام أو أسلم أهل الدار فما كان من ربا مقبوض أو بيع فاسد مقبوض فهو جائز ماض وما كان غير مقبوض يبطل لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين أمرهم سبحانه وتعالى بترك ما بقى من الربا والامر بترك ما بقى من الربا نهى عن قبضه فكأنه تعالى قال اتركوا قبضه فيقتضى حرمة القبض وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال كل ربا فى الجاهلية فهو موضوع تحت قدمى والوضع عبارة عن الحط والاسقاط وذلك فيما لم يقبض ولان بالاسلام حرم ابتداء العقد فكذا القبض بحكم العقد لانه تقرير العقد وتأكيده فيشبه العقد فيلحق به اذ هو عقد من وجه فيلحق بالثابت من كل وجه فى باب الحرمات احتياطا ومتى حرم القبض لم يكن فى بقاء العقد فائدة (ومنها) أن لا يكون البدلان ملكا لاحد المتبايعين فان كان لا يجرى الربا وعلى هذا يخرج العبد المأذون اذا باع مولاه درهما بدرهمين وليس عليه دين انه يجوز لانه اذا لم يكن عليه دين فما فى يده لمولاه فكان البدلان ملك المولى فلا يكون هذا بيعا فلا يتحقق الربا اذ هو مختص بالبياعات وكذلك المتعاوضان اذا تبايعا درهما بدرهمين يجوز لان البدل من كل واحد منهما مشترك بينهما فكان مبادلة ماله بماله فلا يكون بيعا ولا مبادلة حقيقة وكذلك الشريكان شركة العنان اذا تبايعا درهما بدرهمين من مال الشركة جاز لما قلنا ولو تبايعا من غير مال الشركة لا يجوز لانهما فى غير مال الشركة أجنبيان ولو كان على العبد المأذون دين فباعه مولاه درهما بدرهمين لا يجوز بالاجماع (أما) عند أبى حنيفة رحمه الله فظاهر لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده فلم يجتمع البدلان فى ملك واحد وعندهما وان كان يملك لكن ملكا محجورا عن التصرف فيه لتعلق حق الغرماء به فكان المولى كالاجنبى عنه وكذلك المولى اذا عاقد مكاتبه عقد الربا لم يجز لان المكاتب فى حق الاكتساب ملحق بالاحرار لانقطاع تصرف المولى عنها فأشبه الاجانب (وأما) اسلام المتبايعين فليس بشرط لجريان الربا فيجرى الربا بين أهل الذمة وبين المسلم والذمى لان حرمة الربا ثابتة فى حقهم لان الكفار مخاطبون بشرائع هى حرمات ان لم يكونوا مخاطبين بشرائع هى عبادات عندنا قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر إما أن تذروا الربا أو تأذنوا بحرب من الله ورسوله وهذا فى نهاية الوعيد فيدل على نهاية الحرمة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الخلو عن احتمال الربا فلا تجوز المجازفة فى أموال الربا بعضها ببعض لان حقيقة الربا كما هى مفسدة للعقد فاحتمال الربا مفسد له أيضا لقول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ما اجتمع الحلال والحرام فى شيء الا وقد غلب الحرام الحلال والاصل فيه ان كل ما جازت فيه المفاضلة جاز فيه المجازفة وما لا فلا لان التماثل والخلو عن الربا فيما يجرى فيه الربا لما كان شرط الصحة فلا يعلم تحقيق المماثلة بالمجازفة فيقع الشك فى وجود شرط الصحة فلا تثبت الصحة على الاصل المعهود فى الحكم المعلق على شرط اذا وقع الشك فى وجود شرطه انه لا يثبت لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك كما ان الثابت بيقين لا يزول بالشك وبيان هذا الاصل فى مسائل اذا تبايعا حنطة بحنطة مجازفة فان لم يعلما كيلهما أو علم أحدهما دون الآخر أو علما كيل أحدهما دون الآخر لا يجوز لما قلنا وان علم استواؤهما فى الكيل فان علم فى المجلس جاز البيع لان المجلس وان طال فله حكم حالة العقد فكأنه عند العقد وان علم بعد الافتراق لم يجز وقال زفر يجوز علم قبل الافتراق أو بعده (وجه) قوله ان الحاجة الى الكيل عند العقد لتحقق المساواة المشروطة وقد تبين انها كانت ثابتة عنده (ولنا) ان علم المتعاقدين بالمساواة عند العقد شرط الصحة ولم يوجد والدليل على ان العلم عند العقد شرط الصحة ان الشرع ألزم رعاية المماثلة عند البيع بقوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل اى بيعوا الحنطة بالحنطة مثلا بمثل أمر المتبايعين بالبيع بصفة المماثلة فلابد وأن تكون المماثلة معلومة لهما عند البيع لتمكنهما من رعاية هذا الشرط وكذا لو كان بين رجلين حنطة فاقتسماها مجازفة لا يجوز لان القسمة فيها معنى المبادلة فيشبه البيع ولا يجوز البيع فيها مجازفة فكذا القسمة ولو تبايعا حنطة بحنطة

وزنا بوزن متساويا فى الوزن لم يجز لان الحنطة مكيلة والتساوى فى الكيل شرط جواز البيع فى المكيلات ولا تعلم المساواة بينهما فى الكيل فكان بيع الحنطة بالحنطة مجازفة وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه اذا غلب استعمال الوزن فيها تصير وزنية و يعتبر التساوى فيها بالوزن وان كانت فى الاصل كيلية وعلى هذا تخرج المزابنة والمحاقلة انهما لا يجوزان لان المزابنة بيع التمر على رؤس النخل بمثل كيله من التمر خرصا لا يدرى أيهما أكثر والزبيب بالعنب لا يدرى أيهما أكثر والمحاقلة بيع الحب فى السنبل بمثل كيله من الحنطة خرصا لا يدرى أيهما أكثر فكان هذا بيع مال الربا بالمجازفة لانه لا تعرف المساواة بينهما فى الكيل وقد روى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة وفسر محمد رحمه الله المزابنة والمحاقلة فى الموطأ بما قلنا وهو كان اماما فى اللغة كما كان اماما فى الشريعة وقال كذلك الجواب اذا كان أكثر من خمسة أوسق فأما ما دون خمسة أوسق فلا بأس به لما روى أبو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص فى بيع العرايا بالتمر فيما دون خمسة أوسق فقد رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم من جملة ما حرم من المزابنة ما دون خمسة والمرخص من جملة ما حرم يكون مباحا وتفسير العرية عندنا ما ذكره مالك بن انس فى الموطأ رضى الله عنه وهو أن يكون لرجل نخيل فيعطى رجلا منها ثمرة نخلة أو نخلتين يلقطهما لعياله ثم يثقل عليه دخوله حائطه فيسأله أن يتجاوز له عنها على أن يعطيه بمكيلتها تمرا عند اصرام النخل وذلك مالا بأس به عندنا لانه لا بيع هناك بل التمر كله لصاحب النخل فان شاء سلم له ثمر النخل وان شاء أعطاه بمكيلتها من التمر الا انه سماه الراوى بيعا لتصوره بصور البيع لا أن يكون بيعا حقيقة بل هو عطية الا ترى انه لم يملكه المعرى له لانعدام القبض فكيف يجعل بيعا ولانه لو جعل بيعا لكان بيع التمر بالتمر الى أجل وانه لا يجوز بلا خلاف دل أن العرية المرخص فيها ليست ببيع حقيقة بل هى عطية ولان العرية هى العطية لغة قال حسان بن ثابت رضى الله عنه

ليست بسنهاء ولا رجبية * ولكن عرايا فى السنين الجوائح

ولو اشترى بكر من تمر نخلا عليها ثمر وسمى الثمر او ذكر كل قليل وكثير هو منه حتى دخل فى البيع يراعى فى جوازه طريق الاعتبار وهو أن يكون كيل التمر أكثر من كيل الثمر ليكون التمر بمثله والزيادة بازاء النخل فان كان أقل لا يجوز لان الثمر يكون بمثل كيله وزيادة التمر مع النخل تكون زيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا وكذا اذا كان مثله لان النخل يكون فضلا لا يقابله عوض فى عقد المعاوضة وكذا اذا كان لا يدرى عندنا خلافا لزفر وسنذكر المسئلة ان شاء الله تعالى ثم انما يجوز على طريق الاعتبار اذا كان التمر نقدا فان كان نسيئة لم يجز لتحقق ربا النساء هذا اذا كان ثمر النخل بسرا أو رطبا أو تمرا يابسا عند العقد فان كان كفرى جاز البيع كيف ما كان من غير شرط الاعتبار لانه بيع الكفرى بالتمر وانه جائز كيف ما كان ولو لم يكن الثمر موجودا عند العقد ثم أثمر النخل قبل القبض كرا أو أكثر من الكر لا يفسد البيع بخلاف ما اذا كان الثمر موجودا عند العقد ثم أثمر النخل قبل القبض فباعه مع النخل بالتمر وكيل التمر مثل كيل ثمر النخل أو أقل حيث يفسد البيع لان العاقدين أدخلا الربا فى العقد لانهما قابلا الثمن بكل المبيع فانقسم الثمن عليهما و بعض المبيع مال الربا فدخل الربا فى العقد باشتراطهما واشتراط الربا فى العقد مفسد له وههنا البيع كان صحيحا فى الاصل لان الثمن خلاف جنس المبيع اذ المبيع هو النخل وحده الا انه اذا زاد فقد صار مبيعا فى حال البقاء لا بصنعهما فبقى البيع صحيحا والزيادة ملك المشترى و ينقسم الثمن على قيمة النخل وقيمة الزيادة لكن تعتبر قيمة النخل وقت العقد وقيمة الزيادة وقت القبض فيطيب له من التمر قدر حصته من الثمن لانه فضل له ذلك القدر ببدل ولا يطيب له الفضل و يتصدق به لانه ربح ما لم يضمن ولو قضى الثمن من الثمر الحادث ينظر ان قضاه منه قبل القبض فقضاؤه باطل لان القضاء منه تصرف فى المبيع قبل القبض وانه لا يجوز وجعل كأنه لم يقبض حتى لو هلك الثمن فى يد البائع بآفة سماوية لا يسقط شئ من الثمن وان أكله البائع تسقط حصته من الثمن وان كان المشترى قبض الثمن ثم قضى منه جاز

القضاء لانه تصرف فى المبيع بعد القبض وانه جائز وعليه أن يتصدق بما زاد على حصته من الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والقيمة فيهما مجازفة ولو تبايعا حنطة بشعير اوذهبا بفضة مجازفة جاز لان المماثلة فى بيع الجنس بخلاف الجنس غير مشروطة ولهذا جازت المفاضلة فيه فالمجازفة أولى وكذلك القيمة وعلى هذا يخرج بيع الموزون بجنسه وغير جنسه كما اذا اشترى فضة مع غيرها بفضة مفردة بأن اشترى سيفا محلى بفضة مفردة أو منطقة مفضضة أو لجاما أو سرجا أو سكينا مفضضا أو جارية فى عنقها طوق من فضة أو اشترى ذهبا وغيره بذهب مفرد كما اذا اشترى ثوبا منسوجا بالذهب بذهب مفرد أو جارية مع حليتها وحليها ذهب بذهب مفرد ونحو ذلك انه لا يجوز مجازفة عندنا بل يراعى فيه طريق الاعتبار وهو أن يكون وزن الفضة المفردة أو الذهب المفرد أكثر من المجموع مع غيره ليكون قدر وزن المفرد بمثله من المجموع والزيادة بخلاف جنسه فلا يتحقق الربا فان كان وزن المفرد أقل من وزن المجموع لم يجز لان زيادة وزن المجموع مع خلاف الجنس لا يقابله عوض فى عقد البيع فيكون ربا وكذلك اذا كان مثله فى الوزن لانه يكون الفضة بمثلها والذهب بمثله فالفضل يكون ربا وان كان من خلاف جنسه وكذلك اذا كان لا يعلم وزنه انه أكثر أو مثله أو أقل أو اختلف أهل النظر فيه فقال بعضهم الثمن أكثر وقال بعضهم هو مثله لا يجوز عندنا وعند زفر يجوز (وجه) قوله ان الاصل فى البيع جوازه والفساد بعارض الربا وفى وجوده شك فلا يثبت الفساد بالشك لان جهة الفساد فى هذا العقد أكثر من جهة الجواز لان وزن المفرد لو كان أقل يفسد وكذلك لو كان مثله ولو كان اكثر يجوز فجاز من وجه وفسد من وجهين فكانت الغلبة لجهة الفساد والحكم للغالب ثم اذا كان وزن المفرد اكثر حتى جاز البيع فيجتمع فى هذا العقد صرف وهو بيع الفضة بالفضة أو الذهب بالذهب و بيع مطلق وهو بيع الذهب أو الفضة بخلاف جنسها فيراعى فى الصرف شرائطه وسنذكر شرائط الصرف فى موضعه ان شاء الله تعالى واذا فات شئ من الشرائط حتى فسد الصرف هل يتعدى الفساد الى البيع المطلق فيه تفصيل نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى هذا اذا اشترى فضة مع غيرها بفضة مفردة أو ذهبا مع غيره بذهب مفرد فاما اذا اشترى ذهبا مع غيره بفضة مفردة أو فضة مع غيرها بذهب مفرد فالبيع جائز لانه لا ربا عند اختلاف الجنس غير أنه يقسم المفرد على قيمة المجموع وقيمة ذلك الغير فما كان بمقابلة الذهب أو الفضة يكون صرفا فيراعى فيه شرائط الصرف وما كان بمقابلة غيره يكون بيعا مطلقا على ما نذكره فى بيان شرائط الصرف وعلى هذا الاصل يخرج بيع تراب معدن الفضة والذهب أما تراب معدن الفضة فلا يخلو اما أن يكون باعه بفضة واما ان يكون باعه بغيرها فان باعه بفضة لم يجز لان البيع يقع على ما فى التراب من الفضة لا على التراب لانه لا قيمة له والمماثلة بين الفضتين ليست بمعلومة فكان هذا البيع بيع الفضة بالفضة مجازفة فلا يجوز وان باعه بذهب جاز لان الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس و يراعى فيه شرائط الصرف ثم ينظر ان لم يخلص منه شئ تبين أن البيع كان فاسدا لانه تبين أنه باع ما ليس بمال فصار كما لو اشترى شخصاً على أنه عبد ثم تبين أنه حر أو اشترى شاة مسلوخة على أنها مذبوحة ثم تبين أنها ميتة فان خلص منه شئ فالامر ماض والمشترى بالخيار لانه اشترى شيأ لم يره فاشبه ما لو اشترى ثوبا فى سفط أو سمكة فى جب ولو باعه بعوض جاز أيضاً لما قلنا ثم ينظر ان خلص منه شئ أو لم يخلص على ما ذكرنا ولو باعه بتراب معدن مثله من الفضة لم يجز لان البيع يقع على ما فيهما من الفضة ولا يعلم تساويهما فى الوزن فكان بيع الفضة بالفضة مجازفة ولو باعه بتراب معدن الذهب جاز لاختلاف الجنس و يراعى فيه شرائط الصرف ثم ان لم يخلص منه شئ تبين أن البيع كان فاسدا لانه تبين أنه باع ما ليس بمال وكذا ان خلص من أحدهما ولم يخلص من الآخر لانه تبين أنه باع المال بما ليس بمال وان خلص من كل واحد منهما فالامر ماض ولهما خيار الرؤية لان كل واحد منهما مشتر ما لم يره وكذلك لو كان تراب معدن الفضة بين رجلين فاقتسماه لم يجز لان القسمة فيها معنى البيع فلا يحتمل المجازفة كالبيع ولو باع منه قفيزاً بغير عينه بذهب أو بعرض لم يجز لان المبيع ما فى التراب من الفضة وانه

مجهول القدر لانه متفاوت منه قفيز يخلص منه خمسة ومنه قفيز يخلص منه عشرة فكان المبيع مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة بخلاف بيع القفيز من صبرة لان قفزان الصبرة الواحدة متماثلة فلم يكن المبيع مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة ولو باع نصف جملة التراب أو ثلثها أو ربعها شائعا بذهب أو عرض جاز لان الجنس مختلف فلا يتحقق الربا الا اذا لم يخلص منه شئ فتبين أن البيع كان فاسدا لما قلنا وان خلص منه شئ فيكون ما خلص مشتركا بينهما وله الخيار اذا رآه ولو استقرض تراب المعدن جاز وعلى المستقرض مثل ما خلص منه وقبض لان القرض وقع على ما يخلص منه والقول قول القابض في قدر ما قبض وخلص ولو استأجره بنصف هذا التراب أو بثلثه أو بربعه يجوز ان خلص منه شئ كما يجوز لو بيع منه شئ فتبين أن البيع كان فاسدا لما قلنا وان خلص منه شئ فيكون اجره مما خلص ولو استأجر أجيرا بتراب المعدن بعينه جازت الاجارة ان خلص منه شئ لانه استأجره بمال والاجير بالخيار لانه آجر نفسه بمالم يره فان شاء رضي به ولا شئ له غيره وان شاء رده ورجع على المستأجر باجر مثله بالغا ما بلغ ولو استأجره بقفيز من تراب بغير عينه لا تجوز الاجارة لان الاجرة ما في التراب من الفضة وأنه مجهول القدر ولهذا لم يجز بيعه ويكون بينهما وله الخيار وان لم يخلص لا يجوز وله أجر مثله وعلى هذا حكم تراب معدن الذهب في جميع ما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) تراب الصاغة فان كان فيه فضة خالصة فحكمه حكم تراب معدن الفضة وان كان فيه ذهب خالص فحكمه حكم تراب معدن الذهب وان كان فيه ذهب وفضة فان اشتراه بذهب أو فضة لم يجز لاحتمال أن يكون ما فيه من الذهب أو الفضة اكثر أو أقل أو مثله فيتحقق الربا ولو اشتراه بذهب وفضة جاز لانه اشترى ذهبا وفضة بذهب وفضة فيجوز ويصرف الجنس الى خلاف الجنس ويراعى فيه شرائط الصرف ولو اشتراه بعرض جاز لانعدام احتمال الربا وهذا كله اذا خلص منه شئ فان لم يخلص تبين أن البيع كان فاسدا وعلى هذا الاصل يخرج بيع الدراهم المغشوشة التي الغش فيها هو الغالب بفضة خالصة أنه لا يجوز الا على طريق الاعتبار وجملة الكلام فيه أن الدراهم المضروبة أقسام ثلاثة اما أن تكون الفضة فيها هي الغالبة واما أن يكون الغش فيها هو الغالب واما أن يكون الفضة والغش فيها على السواء فان كانت الفضة فيها هي الغالبة بان كان ثلثاها فضة وثلثها صفرا أو كانت ثلاثة أرباعها فضة وربعها صفرا ونحو ذلك فحكمها حكم الفضة الخالصة لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة الا سواء بسواء وكذا بيع بعضها ببعض لا يجوز الا مثلا بمثل لان اعتبار الغالب والحاق المغلوب بالعدم هو الاصل في احكام الشرع ولان الدراهم الجياد لا تخلو عن قليل غش لان الفضة لا تنطبع بدونه على ما قيل فكان قليل الغش مما لا يمكن التحرز عنه فكانت العبرة للغلبة وان كان الغش فيها هو الغالب فان كانت الفضة لا تخلص بالذوب والسبك بل تحترق ويبقى النحاس فحكمها حكم النحاس الخالص لان الفضة فيها اذا كانت مستهلكة كانت ملحقة بالعدم فيعتبر كله نحاسا لا يباع بالنحاس الا سواء بسواء يدا بيد وان كانت تخلص من النحاس ولا تحترق ويبقى النحاس على حاله أيضا فانه يعتبر فيه كل واحد منهما على حاله ولا يجعل أحدهما تبعا للآخر كانهما منفصلان ممتازان أحدهما عن صاحبه لانه اذا أمكن تخليص أحدهما من صاحبه على وجه يبقى كل واحد منهما بعد الذوب والسبك لم يكن أحدهما مستهلكا فلا يجوز بيعها بفضة خالصة الا على طريق الاعتبار وهو أن تكون الفضة الخالصة أكثر من الفضة المخلوطة يصرف الى الفضة المخلوطة مثلها من الفضة الخالصة والزيادة الى الغش كما لو باع فضة وصفرا ممتازين بفضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة أقل من المخلوطة لم يجز لان زيادة الفضة المخلوطة مع الصفر يكون فضلا خاليا من العوض في عقد المعاوضة فيكون ربا وكذا اذا كانت مثلها لان الصفر يكون فضلا لا يقابله عوض وكذا اذا كان لا يدرى قدر الفضتين أيهما أكثر أو هما سواء لا يجوز عندنا وعند زفر يجوز وقد ذكرنا الحجج فيما قبل وذكر في الجامع اذا كانت الدراهم ثلثاها صفرا وثلثها فضة ولا يقدر أن يخلص الفضة من الصفر ولا يدرى اذا خلصت أيبقى الصفر أم يحترق أنه يراعى في بيع هذه الدراهم بفضة خالصة طريق الاعتبار ثم اذا كانت الفضة الخالصة أكثر حتى جاز البيع يكون هذا صرفا وبيعا

مطلقا

مطلقاً فيراعى فى الصرف شرائطه واذا فسد بفوات شرط منه يفسد البيع فى الصفر لانه لا يمكن تمييزه الا بضرر و بيع
ما لا يمكن تمييزه عن غيره الا بضرر فاسد على ما ذكرنا ولو بيعت هذه الدراهم بذهب جاز لان المانع هو الربا واختلاف
الجنس يمنع تحقق الربا لكن يراعى فيه شرائط الصرف لانه صرف واذا فات شرط منه حتى فسد يفسد البيع فى الصفر
أيضاً لما قلنا ولو بيعت بجنسها من الدراهم المغشوشة جاز متساو ياو متفاضلا نص عليه محمد فى الجامع و يصرف الجنس
الى خلاف الجنس كما لو باع فضة منفصلة وصفرا منفصلا بفضة وصفر منفصلين وقالوا فى الستوقة اذا بيع بعضها
ببعض متفاضلا أنه يجوز و يصرف الجنس الى خلاف الجنس ومشايخنا لم يفتوا فى ذلك الا بالتحريم احترازا عن فتح
باب الربا وقالوا فى الدراهم القطر يفينيه يجوز بيع واحد أو اثنين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة منها بدرهم فضة لان ما فيها من
الفضة يكون بمثل وزنها من الفضة الخالصة و زيادة الفضة تكون بمقابلة الصفر ولا يجوز بيع ستة منها بدرهم فضة لان
الصفر الذى فيها يبقى فضلا خاليا عن العوض فى عقد المعاوضة فيكون ربا وكان الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل
رحمه الله لا يفتى بجواز هذا وان كانت الفضة والغش فيها سواء فلم يقطع محمد الجواب فيه فى الجامع لكنه بناه على قول
الصيارفة وحكى عنهم انهم قالوا ان الفضة والصفر اذا خلطا لا تتميز الفضة من الصفر حتى يحترق الصفر لانهما لا يتميزان
الا بذهاب أحدهما والصفر أسرعهما ذهابا فقال فى هذه الدراهم ان كانت الفضة هى الغالبة أى على ما يقوله الصيارفة
ان الصفر يتسارع اليه الاحتراق عند الاذابة والسبك فلا يجوز بيعها بالفضة الخالصة ولا بيع بعضها ببعض الا سواء
بسواء كبيع الزيوف بالجياد لان الصفر اذا كان يتسارع اليه الاحتراق كان مغلو بامستهلكا فكان ملحقاً بالعدم وان لم
يغلب أحدهما على الآخر و بقيا على السواء يعتبر كل واحد منهما على حياله كانهما منفصلان و يراعى فى بيعهما بالفضة
الخالصة طريق الاعتبار كما فى النوع الاول ويجوز بيع بعضها ببعض متساو ياً ومتفاضلا و يصرف الجنس الى خلاف
الجنس كما فى النوع الاول والله سبحانه وتعالى أعلم وهل يجوز استقراض الدراهم المغشوشة عدداً (أما) النوع
الاول وهو ما كانت فضته غالبة على غشه فلا يجوز استقراضه الا وزنا لان الغش اذا كان مغلو با فيه كان بمنزلة الدراهم
الزائفة ولا يجوز بيع الدراهم الزائفة بعضها ببعض عددا لانها وزنية فلم يعتبر العدد فيها فكان بيع بعضها ببعض مجازفة
فلم يجز فلا يجوز استقراضها أيضاً لانها مبادلة حقيقة أو فيها شبهة المبادلة فيجب صيانتها عن الربا وعن شبهة الربا ولهذا
لم يجز استقراض الكيلى وزنا لما ان الوزن فى الكيلى غير معتبر فكان اقراضه مبادلة الشىء بمثله مجازفة أو شبهة المبادلة
فلم يجز كذا هذا وكذلك النوع الثالث وهو ما اذا كان نصفه فضة و نصفه صفراً الا ان الغلبة اذا كانت الفضة على اعتبار
بقائها وذهاب الصفر فى المآل على ما يقوله أهل الصنعة كان ملحقاً بالدراهم الزيوف فلا يجوز استقراضه عدداً وان
كان لا يغلب أحدهما على الآخر و يبقيان بعد السبك على حالهما كان كل واحد منهما أصلا بنفسه فيعتبر كل واحد
منهما على حياله فكان استقراض الفضة والصفر جملة عدداً وهذا لا يجوز لان اعتبار الصفر ان كان يوجب الجواز
لان الفلس عددى فاعتبار الفضة يمنع الجواز لان الفضة وزنية فالحكم بالفساد عند تعارض جهتى الجواز والفساد
أحوط وأما النوع الثانى ما كان الغش فيه غالباً والفضة مغلوبة فانه ينظر ان كان الناس يتعاملون به وزنا لا عدداً
لا يجوز استقراضه عدداً الا ان العدد فى الموزون باطل فكان استقراضه مبادلة الموزون بجنسه مجازفة أو شبهة المبادلة
وأنه لا يجوز وان كانوا يتعاملون به عدداً يجوز استقراضه عدداً لانهم اذا تعاملوا به عددا فقد ألحقوه بالفلوس وجعلوا
الفضة التى فيه تبعاً للصفر وأنه ممكن لانها قليلة وقد يكون فى الفلوس فى الجملة قليل فضة فثبتت التبعية بدلالة التعامل
ومثل هذه الدلالة لم توجد فيما اذا تعاملوا بها وزنا لا عدداً فبقيت وزنية فلا يجوز استقراضه عددا وان تعامل الناس بها
عدداً لان هناك لا يمكن جعل الفضة تبعاً للغش لانها أكثر منه أو مثله والكثير لا يكون تبعاً للقليل ومثل هذا الشىء
لا يكون تبعاً أيضاً فبقيت على الصفة الاصلية الثابتة لها شرعا وهى كونها وزنية فلا يجوز استقراضها مجازفة كما لا يجوز
بيع بعضها ببعض مجازفة وكذا الشراء بالدراهم المغشوشة من الانواع الثلاثة عدداً حكمه حكم الاستقراض سواء

فلايجوز الشراء بالنوع الاول الا وزنا لانها فى حكم الجياد وانها وزنية فلم يجز الشراء بها الا وزنا اذا لم يكن مشارا اليها وكذلك بالنوع الثالث لما ذكرنا فى الاستقراض وأما النوع الثالث فالامر فيه على التفصيل الذى ذكرناه فى الاستقراض ان الناس ان كانوا يتبايعون بها وزنا لاعددا لا يجوز لاحد أن يبتاع بها عددا لان الوزن صفة أصلية للدراهم وانما تصير عددية بتعامل الناس فان جرى التعامل بها وزنا لاعددا فقد تقررت الصفة الاصلية وبقيت وزنية فاذا اشترى بها عددا على غير وزن والعدد هدر ولم توجد الاشارة فقد بقى الثمن مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة لانه لا يدرى ماوزن هذا القدر من العدد المسمى فيوجب فساد العقد بخلاف ما اذا اشترى بها عددا على غير وزن ولكن أشار اليها فيما يكتفى فيه بالاشارة حيث يجوز لان مقدار وزنها وان كان مجهولا بعد الاشارة اليها لكن هذه جهالة لا تفضى الى المنازعة لانه يمكن معرفة مقدار المشار اليه بالوزن اذا كان قائما فلا يمنع جواز العقد وان كانوا يتبايعون بها عددا جاز لانها صارت عددية بتعامل الناس وصارت كالفلوس الرائجة هذا اذا اشترى بالانواع الثلاثة عددا على وزن ولم يعينها فاما اذا عينها واشترى بها عرضا بأن قال اشتريت هذا العرض بهذه الدراهم وأشار اليها فلا شك فى جواز الشراء بها ولا تتعين بالاشارة اليها ولا يتعلق العقد بعينها حتى لو هلكت قبل أن ينقدها المشترى لا يبطل البيع ويعطى مكانها مثلها من جنسها ونوعها وقدرها وصفتها (أما) النوع الاول فلانها بمنزلة الدراهم الجياد وانها لا تتعين بالاشارة اليها ولا يبطل البيع بهلاكها فكذا هذه (وأما) النوع الثانى فلان الصفة فيها ان كانت هى الغالبة على ما يقوله السباكون فهى فى حكم النوع الاول وان لم يغلب أحدهما على الآخر يعتبر كل واحد منهما بحياله فلا يبطل البيع أيضا لان اعتبار الفضة لا يوجب البطلان لانها لا تتعين واعتبار الصفر يوجب لانه يتعين فلا يبطل بالشك (وأما) النوع الثالث فلان الناس ان كانوا يتعاملون بها وزنا فهى وسائر الدراهم سواء فلا تتعين بالاشارة ويتعلق العقد بمثلها فى الذمة لا بعينها فلا يبطل البيع بهلاكها وان كانوا يتعاملون بها عددا فهى بمنزلة الفلوس الرائجة وأنها اذا قوبلت بخلاف جنسها فى المعاوضات لا تتعين ولا يتعلق العقد بعينها بل بمثلها عددا ولا يبطل بهلاكها كذا هذا ولو كسد هذا النوع من الدراهم وصارت لا تروج بين الناس فهى بمنزلة الفلوس الكاسدة والستوق والرصاص حتى تتعين بالاشارة اليها ويتعلق العقد بعينها حتى يبطل العقد بهلاكها قبل القبض لانها صارت سلعة لكن قالوا هذا اذا كان العاقدان عالمين بحال هذه ويعلم كل واحد منهما ان الآخر يعلم بذلك فاما اذا كانا لا يعلمان أو يعلم أحدهما ولم يعلم الآخر أو يعلمان لكن لا يعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم فان العقد لا يتعلق بالمشار اليه ولا بجنسها وانما يتعلق بالدراهم الرائجة التى عليها تعامل الناس فى تلك البلد هذا اذا صارت بحيث لا تروج أصلا فاما اذا كانت يقبلها البعض دون البعض فحكمها حكم الدراهم الزائفة فيجوز الشراء بها ولا يتعلق العقد بعينها بل يتعلق بجنس تلك الدراهم الزيوف ان كان البائع يعلم بحالها خاصة لانه رضى بجنس الزيوف وان كان البائع لا يعلم لا يتعلق العقد بجنس المشار اليه وانما يتعلق بالجيد من نقد تلك البلد لانه لم يرض الا به اذا كان لا يعلم بحالها والله سبحانه وتعالى أعلم ثم انما لا يبطل البيع بهلاك الدراهم فى الانواع الثلاثة بعد الاشارة اليها اذا كان علم عددها أو وزنها قبل الهلاك لانه اذا كان علم ذلك يمكن اعطاء مثلها بعد هلاكها فاما اذا كان لم يعلم لاعددها ولا وزنها حتى هلكت يبطل البيع لان الثمن صار مجهولا اذ المشترى لا يمكنه اعطاء مثل الدراهم المشار اليها (ومنها) الخلو من شبهة الربا لان الشبهة ملحقة بالحقيقة فى باب الحرمات احتياطا وأصله ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لوابصة بن معبد رضى الله عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك وعلى هذا يخرج ما اذا باع رجل شيأ نقدا أو نسيئة وقبضه المشترى ولم ينقد ثمنه انه لا يجوز لبائعه أن يشتريه من مشتريه بأقل من ثمنه الذى باعه منه عندنا وعند الشافعى رحمه الله يجوز (وجه) قوله ان هذا بيع استجمع شرائط جوازه وخلا عن الشروط المفسدة اياه فلا معنى للحكم بفساده كما اذا اشتراه بعد نقد الثمن ولنا ماروى ان امرأة جاءت الى سيدتنا عائشة رضى الله عنها وقالت انى ابتعت

خادما

خادما من زيد بن أرقم بثمانمائة ثم بعتها منه بستمائة فقالت سيدتنا عائشة رضي الله عنها بئس ما شريت و بئس ما اشتريت أبلغي زيدا ان الله تعالى قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب (و وجه) الاستدلال به من وجهين أحدهما انها ألحقت بزيد وعيدا لا يوقف عليه بالرأي وهو بطلان الطاعة بما سوى الردة فالظاهر انها قالته سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يلتحق الوعيد الا بمباشرة المعصية فدل على فساد البيع لان البيع الفاسد معصية والثاني انها رضي الله عنها سمت ذلك بيع سوء وشراء سوء والفاسد هو الذي يوصف بذلك لا الصحيح ولان في هذا البيع شبهة الربا لان الثمن الثاني يصير قصاصا بالثمن الاول فبقي من الثمن الاول زيادة لا يقابلها عوض في عقد المعاوضة وهو تفسير الربا الا أن الزيادة ثبتت بمجموع العقدين فكان الثابت بأحدهما شبهة الربا والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة بخلاف ما اذا نقد الثمن لان المقاصة لا تتحقق بعد الثمن فلا تتمكن الشبهة بالعقد ولو نقد الثمن كله الا شيأ قليلا فهو على الخلاف ولو اشترى ما باع بمثل ما باع قبل نقد الثمن جاز بالاجماع لانعدام الشبهة وكذا لو اشتراه بأكثر مما باع قبل نقد الثمن ولان فساد العقد معدول به عن القياس وانما عرفناه بالاثر والاثر جاء في الشراء بأقل من الثمن الاول فبقي ما وراءه على أصل القياس هذا اذا اشتراه بجنس الثمن الاول فان اشتراه بخلاف الجنس جاز لان الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس الا في الدراهم والدنانير خاصة استحسانا والقياس أن لا يجوز لانهما جنسان مختلفان حقيقة فالتحقا بسائر الاجناس المختلفة (وجه) الاستحسان انهما في الثمنية كجنس واحد فيتحقق الربا بمجموع العقدين فكان في العقد الثاني شبهة الربا وهي الربا من وجه ولو تعيب المبيع في يد المشتري فباعه من بائعه بأقل مما باعه جاز لان نقصان الثمن يكون بمقابلة نقصان العيب فيلتحق النقصان بالعدم كانه باعه بمثل ما اشتراه فلا تتحقق شبهة الربا ولو خرج المبيع من ملك المشتري فاشتراه البائع من المالك الثاني بأقل مما باعه قبل نقد الثمن جاز لان اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين فيمنع تحقق الربا ولو مات المشتري فاشتراه البائع من وارثه بأقل مما باع قبل نقد الثمن لم يجز لان الملك هناك لم يختلف وانما اقام الوارث مقام المشتري بدليل انه يرد بالعيب و يرد عليه وكذا لو كان المبيع جارية فاستولدها الوارث أو كان دارا فبنى عليها ثم ورد الاستحقاق فأخذ منه قيمة الولد ونقض عليه البناء كان للوارث أن يرجع على بائع المورث بقيمة الولد وقيمة البناء كما كان يرجع المشتري لو كان حيا لان الوارث قائم مقام المشتري فكان الشراء منه بمنزلة الشراء من المشتري فرق بين هذا و بين ما اذا مات البائع فاشترى وارثه من المشتري بأقل مما باع قبل نقد الثمن انه يجوز اذا كان الوارث ممن تجوز شهادته للبائع في حال حياته (و وجه) الفرق أن الوارث يقوم مقام المورث فيما ورثه و وارث المشتري ورث عين المبيع فقام مقامه في عينه فكان الشراء منه كالشراء من المشتري فلم يجز ووارث البائع ورث الثمن والثمن في ذمة المشتري وما عين في ذمة المشتري لا يحتمل الارث فلم يكن ذلك عين ما ورثه عن البائع فلم يكن وارث البائع مقامه فيما ورثه و روى عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز الشراء من وارث البائع كما لا يجوز الشراء من وارث المشتري لان الوارث خلف المورث فالمشتري قائم مقامه كانه هو ولو باعه المشتري من غيره فعاد المبيع الى ملكه فاشتراه بأقل مما باع فهذا لا يخلو اما ان عاد اليه بملك جديد واما ان عاد اليه على حكم الملك الاول فان عاد اليه بملك جديد كالشراء والهبة والميراث والاقالة قبل القبض و بعده والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي ونحو ذلك من أسباب تجديد الملك جاز الشراء منه بأقل مما باع لان اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين وان عاد اليه على حكم الملك الاول كالرد بخيار الرؤية والرد بخيار الشرط قبل القبض و بعده بقضاء القاضي و بغير قضاء القاضي والرد بخيار العيب قبل القبض بقضاء القاضي و بغير قضاء القاضي و بعد القبض بقضاء القاضي لا يجوز الشراء منه بأقل مما باع لان الرد في هذه المواضع يكون فسخا والفسخ يكون رفعا من الاصل واعادة الى قديم الملك كانه لم يخرج عن ملكه أصلا ولو كان كذلك لكان لا يجوز له الشراء فكذا هذا ولو لم يشتره البائع لكن اشتراه بعض من لا تجوز شهادته له كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة

لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله كما لا يجوز من البائع وعند أبى يوسف ومحمد يجوز كما يجوز من الاجنبى (وجه) قولهما ان كل واحد منهما أجنبى عن ملك صاحبه لانفصال ملكه عن ملك صاحبه فيقع عقد كل واحد منهما له لا لصاحبه كسائر الاجانب ثم شراء الاجنبى لنفسه جائز فكذا شراؤه لصاحبه ولابى حنيفة رحمه الله ان كل واحد منهما يبيع بمال صاحبه عادة حتى لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه فكان معنى ملك كل واحد منهما ثابتا لصاحبه فكان عقده واقعا لصاحبه من وجه فيؤثر فى فساد العقد احتياطا فى باب الربا ولو باع المولى ثم اشتراه مدبره أو مكاتبه أو بعض مماليكه ولا دين عليه أو عليه دين بأقل مما باع المولى لا يجوز كما لا يجوز عن المولى وكذا لو باع المدبر أو المكاتب أو بعض مماليكه ثم اشتراه المولى لا يجوز لان عقد هؤلاء يقع للمولى من وجه ولو كان وكيلا فباع واشترى بأقل مما باع قبل نقد الثمن لا يجوز كما لو باع واشترى الموكل لنفسه لان المانع تمكن شبهة الربا وأن لا يفصل بين الوكيل والموكل ولذا سيدتنا عائشة رضى الله عنها لم تستفسر السائلة انها مالكة أو وكيلة ولو كان الحكم يختلف لاستفسرت وكذا لو باع الوكيل ثم اشتراه الموكل لم يجز لانه لو اشتراه وكيله لم يجز فاذا اشتراه بنفسه أولى أن لا يجوز وكذا لو باعه الوكيل ثم اشتراه بعض من لا تجوز شهادة الوكيل له أو بعض من لا تجوز شهادة الموكل له لم يجز عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز على ما مر ولو باع ثم وكل بنفسه انسانا بان يشترى له ذلك الشئ بأقل مما باع قبل نقد الثمن فاشتراه الوكيل فهو جائز للوكيل والثمنان يلتقيان قصاصا والزيادة من الثمن الاول لا تطيب للبائع ويكون ملكا له وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف التوكيل فاسد ويكون الوكيل مشتريا لنفسه وقال محمد التوكيل صحيح الا أنه اذا اشتراه الوكيل يكون مشتريا للبائع شراء فاسدا ويملكه البائع ملكا فاسدا وهذا بناء على أصل لهم فأصل أبى حنيفة انه ينظر الى العاقد ويعتبر أهليته ولا يعتبر أهلية من يقع له حكم العقد ولهذا قال ان المسلم اذا وكل ذميا بشراء الخمر أو بيعها انه يجوز وكذا المحرم اذا وكل حلالا ببيع صيد له أو بشراء صيد جاز التوكيل عنده وتعتبر أهلية الوكيل وأصل أبى يوسف ومحمد انهما يعتبران أهلية العقد للعقد والمعقود له جميعا حتى لم يجز التوكيل عندهما فى المسئلتين الا أن محمدا خالف أبا يوسف فى هذه المسئلة وترك أصله حيث قال بصحة التوكيل ولم ينظر الى الموكل وعلى هذا الخلاف اذا وكل المسلم ذميا بان يشترى له من ذمى عبده بخمر وغير ذلك العبد ففعل الوكيل صح الشراء عند أبى حنيفة ويكون العبد للموكل وعلى الوكيل للبائع الخمر وهو يرجع بقيمة الخمر على موكله وعند أبى يوسف التوكيل فاسد ويكون الوكيل مشتريا لنفسه وعند محمد التوكيل صحيح ويكون مشتريا للموكل شراء فاسدا ولو باع بألف درهم حالة ثم اشتراه بألف درهم مؤجلة فالشراء فاسد لانه اشترى ما باع بأقل مما باع من حيث المعنى لان الحالة خير من المؤجلة وكذا لو باع بألف مؤجلة ثم اشتراه بألف مؤجلة الى أبعد من ذلك الاجل فهو فاسد لما قلنا ولو باع عبدا بألف وقبضه المشترى ثم اشتراه البائع وعبدا آخر قبل نقد الثمن فان الثمن يقسم عليهما على قدر قيمتهما ثم ينظر فان كانت حصة العبد الذى باعه مثل ثمنه أو أكثر جاز الشراء فيهما جميعا أما فى الذى لم يبعه فظاهر وكذا فى الذى باعه لانه اشترى ما باع بمثل ما باع أو بأكثر مما باع قبل نقد الثمن وانه جائز وان كان أقل من ثمنه يفسد البيع فيه ولا يفسد فى الآخر لان الفساد لكونه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وذلك وجد فى أحدهما دون الآخر وهذا على أصلهما ظاهر وكذا على أصل أبى حنيفة فكان ينبغى أن يفسد فيهما لان من أصله ان الصفقة متى اشتملت على ابدال وفسدت فى بعضها أن يتعدى الفساد الى الكل كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما جميعا صفقة واحدة وانما لم يفسد فيهما لان الفساد هنالك باعتبار انه لما جمع بين الحر والعبد وباعهما صفقة واحدة فقد جعل قبول العقد فى أحدهما شرطا لقبول العقد فى الآخر والحر ليس بمحل لقبول العقد فيه بيقين فلا يصح القبول فيه فلا يصح فى الآخر فلم ينعقد العقد أصلا والفساد ههنا باعتبار شراء ما باع بأقل مما باع وذلك وجد فى أحدهما دون الآخر فيفسد فى أحدهما دون الآخر لان الاصل اقتصار الفساد على قدر المفسد ولهذا لو جمع بين عبدين وباع أحدهما الى الحصاد او الدياس أن البيع يفسد فيما

في بيعه أجل ولا يفسد في الآخر وكذا لو جمع بين قن ومدبر وباعهما صفقة واحدة يصح البيع في القن ويفسد في المدبر لوجود المفسد في أحدهما دون الآخر كذا هذا (ومنها) قبض رأس المال في بيع الدين بالعين وهو السلم والكلام في السلم في الاصل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان ركنه والثاني في بيان شرائط الركن والثالث في بيان ما يجوز من التصرف في المسلم فيه ومالا يجوز أما ركن السلم فهو لفظ السلم والسلف والبيع بان يقول رب السلم أسلمت اليك في كذا أو اسلفت لان السلم والسلف مستعملان بمعنى واحد يقال سلفت وأسلفت وأسلمت بمعنى واحد فاذا قال المسلم اليه قبلت فقد تم الركن وكذا اذا قال المسلم اليه بعت منك كذا وذكر شرائط السلم فقال رب السلم قبلت وهذا قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا ينعقد الا بلفظ السلم لان القياس أن لا ينعقد أصلا لانه بيع ماليس عند الانسان وانه منهي عنه الا ان الشرع ورد بجوازه بلفظ السلم بقوله ورخص في السلم (ولنا) ان السلم بيع فينعقد بلفظ البيع والدليل على انه بيع ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص في السلم نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع ماليس عند الانسان عاما ورخص السلم بالرخصة فيه فدل ان السلم بيع ماليس عند الانسان ليستقيم تخصيصه عن عموم النهي بالترخص فيه

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فهي في الاصل نوعان نوع يرجع الى نفس العقد ونوع يرجع الى البدل (أما) الذي يرجع الى نفس العقد فواحد وهو أن يكون العقد باتا عاريا عن شرط الخيار للعاقدين أو لاحدهما لان جواز البيع مع شرط الخيار في الاصل ثبت معدولا به عن القياس لانه شرط يخالف مقتضى العقد بثبوت الحكم للحال وشرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ومثل هذا الشرط مفسد للعقد في الاصل الا انا عرفنا جوازه بالنص والنص ورد في بيع العين فبقي ماوراءه على أصل القياس خصوصا اذا لم يكن في معناه والسلم ليس في معنى بيع العين فيما شرع له الخيار لانه شرع لدفع الغبن والسلم مبناه على الغبن ووكس الثمن لانه بيع المفاليس فلم يكن في معنى مورد النص فورود النص هناك لا يكون ورودا ههنا دلالة فبقي الحكم فيه للقياس ولان قبض رأس المال من شرائط الصحة على ما نذكره ولا صحة للقبض الا في الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك فيمنع المستحق صحة القبض بخلاف المستحق انه لا يبطل السلم حتى لو استحق رأس المال وقد افترقا عن القبض وأجاز المستحق فالسلم صحيح لانه لما أجاز تبين ان العقد وقع صحيحا من حين وجوده وكذا القبض اذ الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وبخلاف خيار الرؤية والعيب لانه لا يمنع ثبوت الملك فلا يمنع صحة القبض ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق بابدانهما ورأس المال قائم في يد المسلم اليه ينقلب العقد جائزا عندنا خلافا لزفر وقد مرت المسئلة وان كان هالكا أو مستهلكا لا ينقلب الى الجواز بالاجماع لان رأس المال يصير دينا على المسلم اليه والسلم لا ينعقد برأس مال دين فلا ينعقد عليه أيضا (وأما) الذي يرجع الى البدل فأنواع ثلاثة نوع يرجع الى رأس المال خاصة ونوع يرجع الى المسلم فيه خاصة ونوع يرجع اليهما جميعا (أما) الذي يرجع الى رأس المال فأنواع (منها) بيان جنسه كقولنا دراهم أو دنانير أو حنطة أو تمر (ومنها) بيان نوعه اذا كان في البلد نقود مختلفة كقولنا دراهم فتحية أو دنانير نيسابورية أو حنطة سقية أو تمر برني (ومنها) بيان صفته كقولنا جيد او وسط أو ردىء لان جهالة الجنس والنوع والصفة مفضية الى المنازعة وانها مانعة صحة البيع لما ذكرنا من الوجوه فيما تقدم (ومنها) بيان قدره اذا كان مما يتعلق العقد بقدره من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ولا يكتفى بالاشارة اليه وهذا قول أبي حنيفة وسفيان الثوري وأحد قولي الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد ليس بشرط والتعيين بالاشارة كاف وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله ولو كان رأس المال مما لا يتعلق العقد بقدره من الذرعيات والعدديات المتفاوتة لا يشترط اعلام قدره ويكتفى بالاشارة بالاجماع وكذا اعلام قدر الثمن في بيع العين ليس بشرط والاشارة كافية بالاجماع وصورة المسئلة اذا قال أسلمت اليك هذه الدراهم أو هذه الدنانير ولا يعرف وزنها أو هذه الصبرة ولم يعرف كيلها لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ولو قال

أسلمت اليك هــذا الثوب ولم يعرف ذرعه أو هذا القطيع من الغنم ولم يعرف عــدده جاز بالاجماع (وجه) قولهما ان الحاجــة الى تعيين رأس المال وانه حصل بالاشارة اليه فلا حاجة الى اعلام قدره ولهذا لم يشترط اعلام قدر الثمن فى بيع العين ولا فى السلم اذا كان رأس المال مما يتعلق العقد بقدره ولابى حنيفة رحمه الله ان جهالة قدر رأس المال تؤدى الى جهالة قــدر المسـلم فيه وانها مفسدة للعقد فيلزم اعلام قدره صيانة للعقد عن الفساد ما أمكن كما اذا أســلم فى المكيل بمكيال نفســه بعينه ودلالة انها تؤدى الى ماقلنا ان الدراهم على ماعليه العادة لاتخلو عن قليــل زيف وقد يرد الاستحقاق على بعضها فاذا رد الزائف ولم يستبدل فى مجلس الرد ولم يتجوز المستحق ينفسخ السلم فى المسلم فيه بقدر المردود والمستحق ويبقى فى الباقى وذلك غــير معلوم فيصير المسلم فيه مجهول القدر ولهذا لم يصح السلم فى المكيلات بقفيز بعينه لانه يحتمل هــلاك القفيز فيصير المسلم فيه مجهول القدر فلم يصح كذا هــذا بخلاف بيع العين فان الزيف والاستحقاق هناك لا يؤثر فى العقد لان قبض الثمن غــير مستحق وبخلاف الثياب والعدديات المتفاوتة لان القدر فيهما ملحق بالصفة ألا ترى انه لو قال أسلمت اليك هذا الثوب على انه عشرة أذرع فوجــده المسلم اليه أحد عشر سلمت الزيادة له فثبت ان الزيادة فيهما تجرى مجرى الصــفة واعلام صفة رأس المال ليس بشرط لصحة السلم اذا كان معيناً مشارا اليه وعلى هذا الخلاف اذا كان رأس المال جنسا واحدا مما يتعلق العقد على قدره فأســلمه فى جنسين مختلفين كالحنطة والشعير أو نوعين مختلفين من جنس واحد كالهروى والمروى ولم يبين حصة كل واحد منهما فالسلم فاسد عند أبى حنيفة وعندهما جائز ولو كان جنسا واحدا مما لا يتعلق العقد على قدره كالثوب والعددى المتفاوت فأســلمه فى شيئين مختلفين ولم يبين حصة كل واحــد منهما من ثمن رأس المال فالثمن جائز بالاجماع ولو كان رأس المال من جنسين مختلفين أو نوعين مختلفين فأســلمهما فى جنس واحد فهو على الاختلاف والــكلام فى هذه المسئلة بناء على الاصل الذى ذكرنا ان كون رأس المال معلوم القدر شرط لصحة السلم عند أبى حنيفة وعندهما ليس بشرط (ووجه) البناء على هذا الاصل ان اعلام القدر لما كان شرطاً عنده فاذا كان رأس المال واحدا وقوبل بشيئين مختلفين كان انقسامه عليهــما من حيث القيمة لامن حيث الاجزاء وحصة كل واحد منهما من رأس المال لا تعرف الا بالحزر والظن فيبقى قدر حصة كل واحد منهما من رأس المال مجهولا وجهالة قدر رأس المال مفسدة للسلم عنده وعندهــما اعــلام قدره ليس بشرط فجهالته لاتــكون ضارة ولو أســلم عشرة دراهم فى ثوبين جنسهما واحــد ونوعهما واحد وصفتهما واحدة وطولهما واحد ولم يبين حصة كل واحد منهما من العشرة فالسلم جائز بالاجماع (اما عندهما) فظاهر لان اعلام قدر رأس المال ليس بشرط وأما عنده فلان حصة كل واحد منهما من رأس المال تعرف من غير حزر وظن فــكان قدر رأس المال معــلوما وصار كما اذا أسلم عشرة دراهم فى قفيزى حنطة ولم يبين حصة كل قفيز من رأس المال انه يجوز لما قلنا كذا هــذا ولو قبض الثوبين بعد محل الاجل ليس له أن يبيع أحدهما مرابحة على خمسة دراهم عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد له ذلك وله أن يبيعهما جميعاً مرابحة على عشرة بالاجماع وكذا لو كان بين حصة كل ثوب خمسة دراهم له أن يبيع أحدهما على خمسة مرابحة بلاخلاف ونذكر دلائل هذه الجملة فى مسائل المرابحة ان شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون مقبوضاً فى مجلس الســلم لان المسلم فيه دين والافتراق لاعن قبض رأس المال يكون افتراقا عن دين بدين وانه منهى عنــه لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وســلم نهى عن بيع الــكالئ بالــكالئ أى النسيئة بالنسيئة ولان مأخذ هذا العقد دليل على هذا الشرط فانه يسمى سلماً وسلفاً لغة وشرعاً تقول العرب أسلمت وأسلفت بمعنى واحد وفى الحديث من أسلم فليسلم فى كيل معلوم وروى من سلف فليسلف فى كيل معلوم والسلم ينبئ عن التسليم والسلف ينبئ عن التقدم فيقتضى لزوم تسليم رأس المال ويقدم قبضه على قبض المسلم فيه فان قيل شرط الشئ يسبقه أو يقارنه والقبض يعقب العقد فــكيف يكون شرطاً فالجواب ان القبض شرط بقاء العقد على الصحة لاشرط الصحة فان العقد ينعقد صحيحا بدون قبض ثم يفسد بالافتراق لاعن قبض وبقاء العقد صحيحاً يعقب

العقد

العقد ولا يتقدمه فيصلح القبض شرطاً له وسواء كان رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً والقياس ان لا يشترط قبضه فى المجلس اذا كان عيناً وهو قول مالك رحمه الله (وجه) القياس ان اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين وهذا افتراق عن عين بدين وانه جائز (وجه) الاستحسان ان رأس مال السلم يكون ديناً عادة ولا تجعل العين رأس مال السلم الا نادراً والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين على ماهو الاصل فى الشرع فى الحاق المفرد بالجملة ولان مأخذ العقد فى الدلالة على اعتبار هذا الشرط لا يوجب الفصل بين الدين والعين على ماذكرنا وسواء قبض فى أول المجلس أو فى آخره فهو جائز لان ساعات المجلس لها حكم ساعة واحدة وكذا لو لم يقبض حتى قاما يمشيان فقبض قبل أن يفترقا بأبدانهما جاز لان ماقبل الافتراق بأبدانهما له حكم المجلس وعلى هذا يخرج الابراء عن رأس مال السلم انه لا يجوز بدون قبول رب السلم لان قبض رأس المال شرط صحة السلم فلو جاز الابراء من غير قبوله وفيه اسقاط هذا الشرط أصلا لكان الابراء فسخاً معنى وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ العقد فلا يصح الابراء وبقى عقد السلم على حاله واذا قبل جاز الابراء لان الفسخ حينئذ يكون بتراضيهما وانه جائز واذا جاز الابراء وانه فى معنى الفسخ انفسخ العقد ضرورة بخلاف الابراء عن المسلم فيه انه جائز من غير قبول المسلم اليه لانه ليس فى الابراء عنه اسقاط شرط لان قبض المسلم فيه ليس بشرط فيصح من غير قبول وبخلاف الابراء عن ثمن المبيع انه يصح من غير قبول المشترى الا انه يرتد بالرد لان قبض الثمن ليس بشرط لصحة البيع الا انه يرتد بالرد لان فى الابراء معنى التمليك على سبيل التبرع فلا يلزم دفعاً لضرر المنة ولا يجوز الابراء عن المبيع لانه عين والابراء اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل وعلى هذا يخرج الاستبدال برأس مال السلم فى مجلس العقد انه لا يجوز وهو ان يأخذ برأس مال السلم شيأ من غير جنسه لان قبض رأس المال لما كان شرطاً فبالاستبدال يفوت قبضه حقيقة وانما يقبض بدله وبدل الشئ غيره وكذلك الاستبدال ببدل الصرف لما قلنا فان أعطى رب السلم من جنس رأس المال أجود أو أردأ أو رضى المسلم اليه بالارد إجاز لانه قبض جنس حقه وانما اختلاف الوصف فان كان أجود فقد قضى حقه وأحسن فى القضاء وان كان أردأ فقد قضى حقه أيضاً لكن على وجه النقصان فلا يكون أخذ الاجود والارد إاستبدالا الا انه لا يجبر على أخذ الارد إلان فيه فوات حقه عن صفة الجودة فلا بد من رضاه وهل يجبر على الاخذ اذا أعطاه أجود من حقه قال علماؤنا الثلاثة رحمهم الله يجبر عليه وقال زفر لا يجبر (وجه) قوله ان رب السلم فى اعطاء الزيادة على حقه متبرع والمتبرع عليه لا يجبر على قبول التبرع لما فيه من الزام المنة فلا يلزمه من غير التزامه (ولنا) ان اعطاء الاجود مكان الجيد فى قضاء الديون لا يعد فضلا وزيادة فى العادات بل يعد من باب الاحسان فى القضاء ولواحق الايفاء فاذا أعطاه الاجود فقد قضى حق صاحب الحق وأجمل فى القضاء فيجبر على الاخذ (وأما) الاستبدال بالمسلم فيه بجنس آخر فلا يجوز أيضاً لكن بناء على أصل آخر ذكرناه فيما تقدم وهو ان المسلم فيه مبيع منقول وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز وان أعطى أجود أو أردأ فحكمه حكم رأس المال وقد ذكرناه (وأما) استبدال رأس مال السلم بجنس آخر بعد الاقالة أو بعد انفساخ السلم العارض فلا يجوز عندنا خلافاً لزفر ويجوز استبدال بدل الصرف بعد الاقالة بالاجماع وقد مر الكلام فيه والفرق فيما تقدم وتجوز الحوالة برأس مال السلم على رجل حاضر والكفالة به لوجود ركن هذه العقود مع شرائطه فيجوز كما فى سائر العقود فلو امتنع الجواز فانما يمتنع لمكان الخلل فى شرط عقد السلم وهو القبض وهذه العقود لا تخل بهذا الشرط بل تحققه لكونها وسائل الى استيفاء الحق فكانت مؤكدة له هذا مذهب أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر لا يجوز لان هذه العقود شرعت لتوثيق حق يحتمل التأخر عن المجلس فلا يحصل ماشرع له العقد فلا يصح وهذا غير سديد لان معنى التوثيق يحصل فى الحقين جميعاً فجاز العقد فيهما جميعاً ثم اذا جازت الحوالة والكفالة فان قبض المسلم اليه رأس مال السلم من المحال عليه أو الكفيل أو من رب السلم فقد تم العقد بينهما اذا كانا فى المجلس سواء بقى الحويل والكفيل أو افترقا بعد ان كان العاقدان فى المجلس وان افترقا العاقدان بأنفسهما قبل القبض

بطل السلم و بطلت الحوالة والكفالة وان بقي المحال عليه والكفيل في المجلس فالعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لا لبقاء الحويل والكفيل وافتراقهما لان القبض من حقوق العقد وقيام العقد بالعاقدين فكان المعتبر مجلسهما وعلى هذا الحوالة والكفالة ببدل الصرف انهما جائزان لما قلنا لكن التقابض من الجانبين قبل تفرق العاقدين بابدانهما شرط وافتراق المحال عليه والكفيل لا يضر لما ذكرنا فان افترق العاقدان بابدانهما قبل التقابض من الجانبين بطل الصرف و بطلت الحوالة والكفالة كما في السلم (وأما) الرهن برأس مال السلم فان هلك الرهن في المجلس وقيمته مثل رأس المال أو أكثر فقد تم العقد بينهما لانه حصل مستوفيا لرأس المال لان قبض الرهن قبض استيفاء لانه قبض مضمون وقد تقرر الضمان بالهلاك وعلى الراهن مثله من جنسه في المالية فيتقاصان فحصل الافتراق عن قبض رأس المال فتم عقد السلم وان كانت قيمته أقل من رأس المال تم العقد بقدره و يبطل في الباقي لانه استوفى من رأس المال بقدره وان لم يهلك الرهن حتى افترقا بطل السلم لحصول الافتراق لا عن قبض رأس المال وعليه رد الرهن على صاحبه وكذا هذا الحكم في بدل الصرف اذا أخذ به رهنا انه ان هلك الرهن قبل افتراق العاقدين بابدانهما تم عقد الصرف لانه بالهلاك صار مستوفيا وان لم يهلك حتى افترقا بطل الصرف لفوات شرط الصحة وهو القبض كما في السلم والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا كان رأس المال دينا على المسلم اليه أو على غيره فاسلمه انه لا يجوز لان القبض شرط ولم يوجد حقيقة فيكون افتراقا عن دين بدين وانه منهي فان نقده في المجلس جاز ان كان الدين على المسلم اليه ولان المانع ههنا ليس الا انعدام القبض حقيقة وقد زال وان كان على غيره لا يجوز وان نقده في المجلس لكن هناك مانع آخر وهو العجز عن التسليم لان ما في ذمة الغير لا يكون مقدورالتسليم والقدرة على التسليم عند العقد من شرائط الصحة على مامر وهذا المانع منعدم في الفصل الاول لان ذمة المسلم اليه في يده فكان قادرا على التسليم عند العقد وانما لم يجز لعدم القبض واذا وجد جاز ولو أسلم دينا وعينا وافترقا جاز في حصة العين و بطل في حصة الدين لان الاصل ان الفساد يقدر بقدر المفسد والمفسد عدم القبض وانه يخص الدين فيفسد السلم بقدره كما لو اشترى عبدين ولم يقبضهما حتى هلك أحدهما قبل القبض انه يبطل العقد في الهالك ويبقى في الآخر لما قلنا كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا قبض رأس المال ثم انتقض القبض فيه بمعنى أوجب انتقاضه انه يبطل السلم و بيان ذلك ان جملة رأس المال لا تخلو اما أن تكون عينا وهو مايتعين بالتعيين واما أن تكون دينا وهو مالا يتعين بالتعيين والعين لا تخلو اما أن توجد مستحقا أو معيبا والدين لا يخلو اما أن يوجد مستحقا أو زيوفا أو نبهرجة أوستوقا أو رصاصا وكل ذلك لا يخلو اما أن يكون قبل الافتراق أو بعده وجد كله كذلك أو بعضه دون بعض وكذلك أحد المتصارفين اذا وجد بدل الصرف كذلك فهو على التفاصيل التي ذكرنا فان كان رأس المال عينا فوجده المسلم اليه مستحقا أو معيبا فان لم يجز المستحق ولم يرض المسلم اليه بالعيب يبطل السلم سواء كان بعد الافتراق أو قبله لانه انتقض القبض فيه بالاستحقاق والرد بالعيب ولا يمكن اقامة غيره مقامه في القبض لانه معين فيحصل الافتراق لا عن قبض رأس المال في المجلس فيبطل السلم وان أجاز المستحق ورضي المسلم اليه بالعيب جاز السلم سواء كان قبل الافتراق أو بعده لانه تبين ان قبضه وقع صحيحا لحصل الافتراق عن قبض رأس المال أولا ولا سبيل للمستحق على المقبوض لانه لما أجاز فقد صار المقبوض ملكا للمسلم اليه وله أن يرجع على الناقد بمثله ان كان مثليا و بقيمته ان لم يكن مثليا لانه أتلف عليه ماله بالتسليم وكذا في الصرف غير أن هناك اذا كان البدل المستحق أو المعيب عينا كالتبر والمصوغ من الفضة ولم يجز المستحق ولا رضي القابض بالمعيب حتى بطل الصرف يرجع على قابض الدينار بعين الدينار ان كان قائما و بمثله ان كان هالكا ولا خيار لقابض الدينار في ظاهر الرواية كما في بيع العين اذا استحق المبيع وأخذه المستحق ولو كان قابض الدينار تصرف فيه وأخرجه من ملكه لا يفسخ عليه تصرفه وعليه مثله كما في المقبوض بعقد فاسد هذا اذا كان رأس المال عينا فاما اذا كان دينا فان وجده مستحقا وأجاز المستحق فالسلم ماض سواء كان قبل الافتراق أو بعده لانه ظهر ان القبض كان صحيحا ولا

سبيل للمشترى على المقبوض و يرجع على الناقد بمثله لانه أتلفه بالتسليم وهو مثلى فيرجع عليه بمثله وان لم يجز فان كان قبل الافتراق واستبدل فى المجلس فالسلم ماض لان رأس المال اذا كان دينا كان الواجب فى ذمة رب السلم مثل المستحق لا عينه فقبض المستحق ان لم يصح أو انتقض بالاستحقاق وعدم الاجازة يقوم قبض مثله مقامه فيرجع عليه بمثله و يلتحق ذلك الذى كان بالعدم كأنه لم يقبض وأخر القبض فيه الى آخر المجلس بخلاف ما اذا كان عينا لان المستحق هناك قبض العين وقد انتقض القبض فيه بالاستحقاق وتعذر اقامة قبض غيره مقامه فحصل الافتراق لا عن قبض فيبطل العقد وان كان بعد الافتراق يبطل السلم لانه تبين ان الافتراق حصل لا عن قبض رأس المال هذا اذا وجده مستحقا فاما اذا وجده زيوفا أو نبهرجة فان تجوز المسلم اليه فالسلم ماض على الصحة سواء وجده قبل الافتراق أو بعده لان الزيوف من جنس حقه لانها دراهم لكنها معيبة بالزيافة وفوات صفة الجودة فاذا تجوز به فقد أبرأه عن العيب و رضى بقبض حقه مع النقصان بخلاف الستوق فانه لا يجوز وان تجوز به لانه ليس من جنس الدراهم على ما ذكره وان لم يتجوز به و رده فان كان قبل الافتراق واستبدله فى المجلس فالعقد ماض وجعل كأنه أخر القبض الى آخر المجلس وان كان بعد الافتراق بطل السلم عند أبى حنيفة و زفر سواء استبدل فى مجلس الرد أولا وعند أبى يوسف ومحمد ان لم يستبدل فى مجلس الرد فكذلك وان استبدل لا يبطل السلم (وجه) قولهما ان قبض الزيوف وقع صحيحا لانه قبض جنس الحق الا يرى انه لو تجوز بها جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز كالستوق الا انه فاتته صفة الجودة بالزيافة فكانت من جنس حقه أصلا لا وصفا فكانت الزيافة فيها عيبا والمعيب لا يمنع صحة القبض كما فى بيع العين اذا كان المبيع معيبا و بالرد ينتقض القبض لكن مقصورا على حالة الرد ولا يستند الانتقاض الى وقت القبض فيبقى القبض صحيحا كان ينبغى ان لا يشترط قبض بدله فى مجلس الرد لان المستحق بعقد السلم القبض مرة واحدة الا انه شرط لان للرد شبها بالعقد حيث لا يجب القبض فى مجلس الرد الا بالرد كما لا يجب القبض فى مجلس العقد الا بالعقد فالحق مجلس الرد بمجلس العقد (وجه) قول أبى حنيفة و زفر رحمهما الله ان الزيوف من جنس حق المسلم اليه لكن أصلا لا وصفا ولهذا ثبت له حق الرد بفوات حقه عن الوصف فكان حقه فى الاصل والوصف جميعا فصار بقبض الزيوف قابضا حقه من حيث الاصل لا من حيث الوصف الا انه الا اذا رضى به فقد أسقط حقه عن الوصف وتبين ان المستحق هو قبض الاصل دون الوصف لابرائه اياه عن الوصف فاذا قبضه فقد قبض حقه فيبطل المستحق وان لم يرض به تبين انه لم يقبض حقه لان حقه فى الاصل والوصف جميعا فتبين ان الافتراق حصل لا عن قبض رأس مال السلم هذا اذا وجد زيوفا أو نبهرجة فاما اذا وجده ستوقا أو رصاصا فان وجده بعد الافتراق بطل السلم لان الستوق ليس من جنس الدراهم الا يرى انها لا تروج فى معاملات الناس فلم تكن من جنس حقه أصلا ووصفا فكان الافتراق عن المجلس لا عن قبض رأس المال فيبطل السلم وسواء تجوز به أولا لانه اذا لم يكن من جنس حقه كان التجوز به استبدالا برأس مال السلم قبل القبض وانه لا يجوز بخلاف الزيوف فانها من جنس حقه على ما بينا وان وجده فى المجلس فاستبدل فالسلم ماض لان قبضه وان لم يصح فقد بقى الواجب فى ذمة رب السلم دراهم هى حق المسلم اليه فاذا قبضها فقد قبض حقه فى المجلس والتحق قبض الستوق بالعدم كأنه لم يقبض أصلا وأخر قبض رأس المال الى آخر المجلس وكذا فى الصرف غير ان هناك اذا ظهر ان الدراهم ستوقة أو رصاص بعد الافتراق عن المجلس حتى بطل الصرف فقابض الدينار يسترد دراهمه الستوقة وقابض الدراهم يسترد من قابض الدينار عين ديناره ان كان قائما ومثله ان كان هالكا ولا خيار لقابض الدينار كذا ذكر محمد فى الاصل لانه اذا ظهر ان المقبوض ستوقة أو رصاص فقد ظهر ان قبضه لم يصح فتبين ان الافتراق حصل لا عن قبض فيبطل السلم و بقى الدينار فى يده من غير سبب شرعى فأشبه يد الغصب واستحقاق المبيع فى بيع العين وهناك يسترد عينه ان كان قائما كذا ههنا وطعن عيسى بن أبان وقال ينبغى أن يكون قابض الدينار بالخيار ان شاء رد عين الدينار وان شاء

ردمثله ولا يستحق عليه ردعين الدينار وان كان قائما لانه لم يكن متعينا فى العقد فلا يكون متعينا فى الفسخ والاعتبار باستحقاق المبيع غير سديد لان هناك ظهر بطلان العقد من الاصل لانه اذا لم يجز المستحق تبين ان العقد وقع باطلا من حين وجوده وهناك العقد وقع صحيحا وانما بطل فى المستقبل لعارض طرأ عليه بعد الصحة فلا يظهر بطلانه من الاصل و بعض مشايخنا أخذوا بقول عيسى ونصروه وحملوا جواب الكتاب على ما اذا اختار قابض الدينار رد عين الدينار والله سبحانه وتعالى أعلم هذا الذى ذكرنا اذا وجد المسلم اليه كل رأس المال مستحقا أو معيبا أو زيوفا أو ستوقا فاما اذا وجد بعضه دون بعض ففى الاستحقاق اذا لم يجز المستحق ينقص العقد بقدر المستحق سواء كان رأس المال عينا أو دينا بلا خلاف لان القبض انتقص فيه بقدره وكذا فى الستوق والرصاص فبطل العقد بقدره قليلا كان أو كثيرا بالاجماع لما قلنا وكذا هذا فى الصرف غير ان هناك قابض الستوقة يصير شريكا لقابض الدينار فى الدينار الذى دفعه بدلا عن الدراهم فيرجع عليه بعينه وعلى قول عيسى قابض الدينار بالخيار على ما ذكرنا وأما فى الزيوف والنبهرجة فقياس قول أبى حنيفة رحمه الله أن ينقص العقد بقدره اذا لم يتجوز ورده استبدل فى مجلس الرد أولا وهو قول زفر لانه تبين ان قبض المردود لم يصح فتبين ان الافتراق حصل لا عن قبض رأس المال فى قدر المردود فيبطل السلم بقدره الا أنه استحسن فى القليل وقال ان كان قليلا فرده واستبدل فى ذلك المجلس فالعقد ماض فى الكل وان كان كثيرا يبطل العقد بقدر المردود لان الزيافة فى القليل مما لا يمكن التحرز عنه لان الدراهم لا تخلو عن ذلك فكانت ملحقة بالعدم بخلاف الكثير واختلفت الرواية عن أبى حنيفة فى الحد الفاصل بين القليل والكثير مع اتفاق الروايات على أن الثلث قليل وفى رواية عنه ان ما زاد على الثلث يكون كثيرا وفى رواية النصف وفى رواية عنه الزائد على النصف وكذا هذا فى الصرف غير أن هناك اذا كثرت الزيوف فرد حتى بطل العقد فى قدر المردود عند أبى حنيفة يصير شريكا لقابض الدينار فيسترد منه عينه وعلى قول عيسى قابض الدينار بالخيار على ما بينا ولو كان تصرف فيه أو أخرجه عن ملكه لا يفسخ عليه تصرفه وعليه مثله كما فى البيع الفاسد على ما مر وكل جواب عرفته فى السلم والصرف فهو الجواب فى عقد تتعلق صحته بالقبض قبل الافتراق مما سوى الصرف والسلم كمن كان له على آخر دنانير فصالح منها على دراهم أو كان له على آخر مكيل أو موزون موصوف فى الذمة أو غيرهما مما يثبت مثله فى الذمة دينا فصالح منها على دراهم أو نحو ذلك من العقود مما يكون قبض الدراهم فيه قبل الافتراق عن المجلس شرطا لصحة العقد فقبض الدراهم ثم وجدها مستحقة أو زيوفا أو نبهرجة أو ستوقة أو رصاصا كلها أو بعضها قبل الافتراق أو بعده والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا تخرج مقاصة رأس مال السلم بدين آخر على المسلم اليه بان وجب على المسلم اليه دين مثل رأس المال انه هل يصير رأس المال قصاصا بذلك الدين أم لا فهذا لا يخلو اما ان وجب دين آخر بالعقد واما ان وجب بعقد متقدم على عقد السلم واما ان وجب بعقد متأخر عنه فان وجب بعقد متقدم على السلم بان كان رب السلم باع المسلم اليه ثوبا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى أسلم اليه عشرة دراهم فى كر حنطة فان جعلا الدينين قصاصا أو تراضيا بالمقاصة يصير قصاصا وان أبى أحدهما لا يصير قصاصا وهذا استحسان والقياس أن لا يصير قصاصا كيف ما كان وهو قول زفر (وجه) قوله ان قبض رأس المال شرط والحاصل بالمقاصة ليس بقبض حقيقة فكان الافتراق حاصلا لا عن قبض رأس المال فبطل السلم (ولنا) ان العقد ينعقد موجبا للقبض حقيقة لولا المقاصة فاذا تقاصا تبين ان العقد انعقد موجبا قبضا بطريق المقاصة وقد وجد ونظيره ما قلنا فى الزيادة فى الثمن والمثمن انها جائزة استحسانا وتلتحق بأصل العقد لان بالزيادة تبين ان العقد وقع على المزيد عليه وعلى الزيادة جميعا كذا هذا وان وجب بعقد متأخر عن السلم لا يصير قصاصا وان جعلاه قصاصا الا رواية عن أبى يوسف شاذة لان بالمقاصة لا يتبين ان العقد وقع موجبا قبضا بطريق المقاصة من حين وجوده لان المقاصة تستدعى قيام دينين ولم يكن عند عقد السلم الا دين واحد فانعقد موجبا حقيقة القبض وانه لا يحصل بالمقاصة هذا اذا وجب الدين بالعقد فاما اذا وجب بالقبض كالغصب

والقرض فانه يصير قصاصا سواء جعلاه قصاصا أولا بعد ان كان وجوب الدين الآخر متأخرا عن العقد لان العقد ان انعقد موجبا قبضا حقيقة فقد وجد ههنا لكن قبض الغصب والقرض قبض حقيقة فيجعل عن قبض رأس المال لانه واجب وقبض الغصب محظور وقبض القرض ليس بواجب فكان ايقاعه عن الواجب أولى بخلاف ما تقدم لان هناك لم يوجد القبض حقيقة والقبض بطريق المقاصة يمكن فى أحد الفصلين دون الآخر على ما بينا والله عز وجل أعلم هذا اذا تساوى الدينان فاما اذا تفاضلا بان كان أحدهما أفضل والآخر أدون فرضى أحدهما بالقصاص وأبى الآخر فانه ينظر ان أبى صاحب الافضل لا يصير قصاصا لان حقه فى الجودة معصوم محترم فلا يجوز ابطاله عليه من غير رضاه وان أبى صاحب الادون يصير قصاصا لانه لما رضى به صاحب الافضل فقد أسقط حقه عن الفضل كانه قضى دينه فأعطاه أجود مما عليه وهناك يجبر على الاخذ كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك المقاصة فى ثمن الصرف تخرج على هذه التفاصيل التى ذكرناها فى رأس مال السلم فافهم والله الموفق للصواب ثم ما ذكرنا من اعتبار هذا الشرط وهو قبض رأس المال حال بقاء العقد فأما بعد ارتفاعه بطريق الاقالة أو بطريق آخر فقبضه ليس بشرط فى مجلس الاقالة بخلاف القبض فى مجلس العقد وقبض بدل الصرف فى مجلس الاقالة انه شرط لصحة الاقالة كقبضهما فى مجلس العقد (ووجه) الفرق أن القبض فى مجلس العقد فى البابين ما هو شرط لعينه وانما هو شرط للتعيين وهو أن يصير البدل معينا بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين على ما بينا ولا حاجة الى التعيين فى مجلس الاقالة فى السلم لانه لا يجوز استبداله فيعود اليه عينه فلا تقع الحاجة الى التعيين بالقبض فكان الواجب نفس القبض فلا يراعى له المجلس بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل الا بالقبض لان استبداله جائز فلا بد من شرط القبض فى المجلس ليتعين والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المسلم فيه فأنواع أيضا (منها) أن يكون معلوم الجنس كقولنا حنطة أو شعير أو تمر (ومنها) أن يكون معلوم النوع كقولنا حنطة سقية أو نجسية تمر برنى أو فارسى هذا اذا كان مما يختلف نوعه فان كان مما لا يختلف فلا يشترط بيان النوع (ومنها) أن يكون معلوم الصفة كقولنا جيد أو وسط أو ردىء (ومنها) أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع لان جهالة النوع والجنس والصفة والقدر جهالة مفضية الى المنازعة وانها مفسدة للعقد وقال النبى عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم (ومنها) أن يكون معلوم القدر بكيل أو وزن أو ذرع يؤمن عليه فقده عن ايدى الناس فان كان لا يؤمن فالسلم فاسد بان أعلم قدره بمكيال لا يعرف عياره بان قال بهذا الاناء ولا يعلم كم يسع فيه أو بحجر لا يعرف عياره بان قال بهذا الحجر ولا يعلم كم وزنه أو بخشبة لا يعرف قدرها بان قال بهذه الخشبة ولا يعرف مقدارها أو بذراع يده ولو كان هذا فى بيع العين بان قال بعتك من هذه الصبرة ملء هذا الاناء بدرهم أو من هذا الزيت وزن هذا الحجر بدرهم يجوز فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله انه لا يجوز فى بيع العين أيضا كما لا يجوز فى السلم وروى عن أبى يوسف انه كان يقول أولا لا يجوز ثم رجع وقال يجوز (وجه) هذه الرواية ان هذا البيع مكايلة والعلم بمقدار المبيع فى بيع المكايلة شرط الصحة ولم يوجد فيفسد كما لو باع قفيزا من هذه الصبرة ولظاهر الرواية الفرق بين السلم وبين بيع العين (ووجه) الفرق بينهما من وجهين أحدهما ان التسليم فى باب السلم لا يجب عقيب العقد وانما يجب بعد محل الاجل فيحتمل أن يهلك الاناء قبل محل الاجل وهذا الاحتمال ان لم يكن غالبا فليس بنادر أيضا واذا هلك يصير المسلم فيه مجهول القدر بخلاف بيع العين لانه يوجب التسليم عقيب العقد وهلاك القفيز عقيب العقد بلا فصل نادر والنادر ملحق بالعدم فلا يصير المبيع مجهول القدر والثانى ان القدرة على تسليم المبيع شرط انعقاد العقد وصحته والقدرة على التسليم عند العقد فائتة فى باب السلم لان السلم بيع المفاليس وفى ثبوت القدرة عند محل الاجل شك قد تثبت وقد لا تثبت لانه ان بقى المكيال والحجر والخشبة تثبت وان لم يبق لا يقدر فوقع

الشك فى ثبوت القدرة فلا تثبت بالشك على الاصل المعهود فى غير الثابت بيقين اذا وقع الشك فى ثبوته انه لا يثبت بخلاف بيع العين لان هناك القدرة على التسليم ثابتة عند العقد وفى فواتها بالهلاك شك فلا تفوت بالشك على الاصل المعهود فى الثابت بيقين اذا وقع الشك فى زواله أنه لا يزول بالشك وأما قوله ان العلم بمقدار المبيع فى بيع المكايلة شرط الصحة فنقول العلم بذلك لا يشترط لعينه بل لصيانة العقد عن الجهالة المفضية الى المنازعة وهذا النوع من الجهالة لا يفضى الى المنازعة لامكان الوصول الى العلم بقدر المبيع بالكيل للحال بخلاف بيع قفزان من الصبرة لان هناك لا طريق للوصول الى العلم بمقدار المبيع فالمشترى يطالبه بزيادة والبائع لا يعطيه فيتنازعان فكانت الجهالة مفضية الى المنازعة فهو الفرق بين الفصلين وقيل انما يجوز هذا فى بيع العين اذا كان الاناء من خزف أو خشب أو حديد أو نحو ذلك لانه لا يحتمل الزيادة والنقصان وأما اذا كان مثل الزنبيل والجوالق والغرارة ونحو ذلك فلا يجوز لانه يحتمل الزيادة والنقصان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان المسلم فيه مكيلا فاعلم قدره بالوزن المعلوم أو كان موزونا فاعلم قدره بالكيل المعلوم جاز لان الشرط كونه معلوم القدر بمعيار يؤمن فقده وقد وجد بخلاف ما اذا باع المكيل بالمكيل وزنا بوزن متساو يا فى الوزن أو باع الموزون بالموزون كيلا بكيل متساو يا فى الكيل انه لا يجوز ما لم يتساو يا فى الكيل أو الوزن لان شرط جواز السلم كون المسلم فيه معلوم القدر والعلم بالقدر كما يحصل بالكيل يحصل بالوزن فأما شرط الكيل والوزن فى الاشياء التى ورد الشرع فيها باعتبار الكيل والوزن فى بيع العين ثبت نصا فكان بيعها بالكيل أو الوزن مجازفة فلا يجوز أما فى باب السلم فاعتبار الكيل والوزن لمعرفة مقدار المسلم فيه وقد حصل والله عز وجل أعلم (ومنها) أن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف الا تفاوت يسير فان كان مما لا يمكن ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش لا يجوز السلم فيه لانه اذا لم يمكن ضبط قدره وصفته بالوصف يبقى مجهول القدر أو الوصف جهالة فاحشة مفضية الى المنازعة وانها مفسدة للعقد وبيان ذلك انه يجوز السلم فى المكيلات والموزونات التى تحتمل التعيين والعدديات المتقاربة أما المكيلات والموزونات فلانها ممكنة الضبط قدرا وصفة على وجه لا يبقى بعد الوصف بينه وبين جنسه ونوعه الا تفاوت يسير لانها من ذوات الامثال وكذلك العدديات المتقاربة من الجوز والبيض لان الجهالة فيها يسيرة لا تفضى الى المنازعة وصغير الجوز والبيض وكبيرهما سواء لانه لا يجرى التنازع فى ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة فكان ملحقا بالعدم فيجوز السلم فيها عددا أو كذلك كيلا وهذا عندنا وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله ان الجوز والبيض مما يختلف ويتفاوت فى الصغر والكبر حتى يشترى الكبير منها باكثر مما يشترى الصغير فأشبه البطيخ والرمان (ولنا) ان التفاوت بين صغير الجوز وكبيره يسير اعرض الناس عن اعتباره فكان ساقط العبرة ولهذا كان مضمونا بالمثل عند الاتلاف بخلاف الرمان والبطيخ فان التفاوت بين آحادهما تفاوت فاحش ولهذا كان مضمونا بالقيمة (وأما) السلم فى الفلوس عددا فجائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يجوز بناء على ان الفلوس أثمان عنده فلا يجوز السلم فيها كما لا يجوز السلم فى الدراهم والدنانير وعندهما ثمنيتها ليست بلازمة بل تحتمل الزوال لانها ثبتت بالاصطلاح فتزول بالاصطلاح واقدام العاقدين على عقد السلم فيها مع علمهما أنه لا صحة للسلم فى الاثمان اتفاق منهما على اخراجها عن صفة الثمنية فتبطل ثمنيتها فى حق العاقدين سابقا على العقد وتصير سلعا عددية فيصح السلم فيها كما فى سائر السلع العددية كالنصال ونحوها (وأما) الذرعيات كالثياب والبسط والحصير والبوارى ونحوها فالقياس أن لا يجوز السلم فيها لانها ليست من ذوات الامثال لتفاوت فاحش بين ثوب وثوب ولهذا لم تضمن بالمثل فى ضمان العدديات بل بالقيمة فاشبه السلم فى اللآلئ والجواهر الا انا استحسنا الجواز لقوله عز وجل فى آية الدين ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا الى أجله والمكيل والموزون لا يقال فيه الصغير والكبير وانما يقال ذلك فى الذرعيات والعدديات ولان الناس تعاملوا السلم فى الثياب لحاجتهم الى ذلك فيكون اجماعا منهم على الجواز فيترك القياس بمقابلته ولانه اذا بين جنسه وصفته ونوعه

ورفعته وطوله وعرضه يتقارب التفاوت فيلحق بالمثل فى باب السلم شرعا لحاجة الناس ولا حاجة الى الالحاق بالمثل فى باب الاستهلاك مع ما ان هذا الاعتبار غير سديد لانه قد يحتمل فى المعاملات من التفاوت اليسير ما لا يحتمل مثله فى الاتلافات فان الاب اذا باع مال ولده بغبن يسير جاز ولا يضمن ولو أتلف عليه شيأ يسيرا من ماله يضمن فلا يستقيم الاستبدال هذا اذا أسلم فى ثوب الكرباس أو الكتان فاما اذا أسلم فى ثوب الحرير فهل يشترط فيه بيان الوزن بعد بيان الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض ان كان مما تختلف قيمته باختلاف وزنه من القلة والكثرة بعد التساوى فى الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض يشترط لان بعد بيان هذه الاشياء تبقى جهالته مفضية الى المنازعة وان كان مما لا يختلف يجوز لان جهالة الوزن فيه لا تفضى الى المنازعة ولا يجوز السلم فى العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللآلئ والجوز والجلود والادم والرؤس والاكارع والبطيخ والقثاء والرمان والسفرجل ونحوها من العدديات المتفاوتة لانه لا يمكن ضبطها بالوصف اذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالة فاحشة مفضية الى المنازعة لتفاوت فاحش بين جوهر وجوهر ولؤلؤ ولؤلؤ وحيوان وحيوان وكذا بين جلد وجلد ورأس ورأس فى الصغر والكبر والسمن والهزال وقال الشافعى رحمه الله يجوز السلم فى الحيوان (وجه) قوله ان المانع من الجواز هنا جهالة المسلم فيه وقد زالت ببيان الجنس والنوع والصفة والسن لان الحيوان معلوم الجنس والنوع والصفة فكان مضبوط الوصف والتفاوت فيما وراء ذلك لا يعتبر ولهذا وجب دينا فى الذمة فى النكاح فاشبه الثياب (ولنا) ان بعد بيان هذه الاشياء يبقى بين فرس وفرس تفاوت فاحش فى المالية فتبقى جهالة مفضية الى المنازعة وانها مانعة صحة العقد لما ذكرنا من الوجوه فيما قبل وقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف فى الحيوان والسلف والسلم واحد فى اللغة والاعتبار بالنكاح غير سديد لانه يتحمل جهالة لا يتحملها البيع ألا ترى أنه يصح من غير ذكر البدل وببدل مجهول وهو مهر المثل ولا يصح البيع الا ببدل معلوم فلا يستقيم الاستدلال ولا يجوز السلم فى التبن أحمالا أو أوقارا لان التفاوت بين الحمل والحمل والوقر والوقر مما يفحش الا اذا أسلم فيه بقبان معلوم من قبان التجار فلا يختلف فيجوز ولا يجوز السلم فى الحطب حزما ولا أوقارا للتفاوت الفاحش بين حزمة وحزمة ووقر ووقر وكذا فى القصب والحشيش والعيدان الا اذا وصفه بوصف يعرف ويتقارب التفاوت فيجوز ويجوز السلم فى اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لا يختلف ولا يتفاوت الا يسيرا وكذا فى الطوابيق اذا وصفها بوصف يعرف على وجه لا يبقى بعد الوصف جهالة مفضية الى المنازعة لان الفساد للجهالة فاذا صار معلوما بالوصف جاز وكذا فى طشت أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك ان كان يعرف يجوز وان كان لا يعرف لا يجوز لان المسلم فيه دين حقيقة والدين يعرف بالوصف فان كان مما يحصل تمام معرفته بالوصف بأن لم تبق فيه جهالة مفضية الى المنازعة جاز السلم فيه والا فلا ولو استصنع رجل شيأ من ذلك بغير أجل جاز استحسانا والكلام فى الاستصناع فى مواضع فى بيان جوازه انه جائز أم لا وفى بيان شرائط جوازه وفى بيان كيفية جوازه وفى بيان حكمه (أما) الاول فالقياس يأبى جواز الاستصناع لانه بيع المعدوم كالسلم بل هو أبعد جوازا من السلم لان المسلم فيه تحتمله الذمة لانه دين حقيقة والمستصنع عين توجد فى الثانى والاعيان لا تحتملها الذمة فكان جواز هذا العقد أبعد عن القياس عن السلم وفى الاستحسان جاز لان الناس تعاملوه فى سائر الاعصار من غير نكير فكان اجماعا منهم على الجواز فيترك القياس ثم هو بيع عند عامة مشايخنا وقال بعضهم هو عدة وليس بسديد لان محمدا ذكر القياس والاستحسان فى جوازه وذكر القياس والاستحسان لا يليق بالعدات وكذا أثبت خيار الرؤية للمستصنع وأنه من خصائص البيوع وكذا من شرط جوازه أن يكون فيما للناس فيه تعامل والعدات لا يتقيد جوازها بهذه الشرائط فدل ان جوازه جواز البياعات لا جواز العدات والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرائط جوازه (فمنها) بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته لانه مبيع فلا بد وأن يكون معلوما والعلم انما يحصل باشياء (منها) أن يكون ما للناس فيه تعامل كالقلنسوة

والخف والآنية ونحوها فلا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه كما اذا أمر حائكا أن يحوك له ثوبا بغزل نفسه ونحو ذلك مما لم تجر عادات الناس بالتعامل فيه لان جوازه مع ان القياس يأباه ثبت بتعامل الناس فيختص بما لهم فيه تعامل ويبقى الامر فيما وراء ذلك موكولا الى القياس (وأما) كيفية جوازه فهى أنه عقد غير لازم فى حق كل واحد منهما قبل رؤية المستصنع والرضا به حتى كان للصانع أن يمتنع من الصنع وأن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع وللمستصنع أن يرجع أيضاً لان القياس أن لا يجوز أصلا الا ان جوازه ثبت استحسانا بخلاف القياس لحاجة الناس وحاجتهم قبل الصنع او بعده قبل رؤية المستصنع والرضا به أقرب الى الجواز دون اللزوم فيبقى اللزوم قبل ذلك على أصل القياس (وأما) حكم الاستصناع فحكمه فى حق المستصنع اذا أتى الصانع بالمستصنع على الصفة المشروطة ثبوت ملك غير لازم فى حقه حتى يثبت له خيار الرؤية اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه وفى حق الصانع ثبوت ملك لازم اذا رآه المستصنع ورضى به ولا خيار له وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى حنيفة أنه غير لازم فى حق كل واحد منهما حتى يثبت لكل واحد منهما الخيار وروى عن أبى يوسف رحمه الله أنه لازم فى حقهما حتى لا خيار لاحدهما لا للصانع ولا للمستصنع أيضاً (وجه) رواية أبى يوسف ان فى اثبات الخيار للمستصنع اضرارا بالصانع لانه قد أفسد متاعه وفرى جلده وأتى بالمستصنع على الصفة المشروطة فلو ثبت له الخيار لتضرر به الصانع فيلزم دفعاً للضرر عنه (وجه) الرواية الاولى ان فى اللزوم اضرارا بهما جميعاً أما اضرار الصانع فلما قال أبو يوسف وأما ضرر المستصنع فلان الصانع متى لم يصنعه واتفق له مشتر يبيعه فلا تندفع حاجة المستصنع فيتضرر به فوجب ان يثبت الخيار لهما دفعاً للضرر عنهما (وجه) ظاهر الرواية وهو اثبات الخيار للمستصنع لا للصانع ان المستصنع مشتر شيأ لم يره لان المعقود عليه وهو المستصنع وان كان معدوما حقيقة لكنه جعل موجوداً شرعاً حتى جاز العقد استحسانا ومن اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه والصانع بائع شيأ لم يره فلا خيار له ولان الزام حكم العقد فى جانب المستصنع اضرار لان من الجائز أن لا يلائمه المصنوع ولا يرضى به فلو لزمه وهو مطالب بثمنه فيحتاج الى بيعه من غيره ولا يشترى منه بمثل قيمته فيتضرر به وليس فى الالزام فى جانب الصانع ضرر لانه ان لم يرض به المستصنع يبيعه من غيره بمثل قيمته وذلك ميسر عليه لكثرة ممارسته هذا اذا استصنع شيأ ولم يضرب له أجلا فاما اذا ضرب له أجلا فانه ينقلب سلما عند أبى حنيفة فلا يجوز الا بشرائط السلم ولا خيار لواحد منهما كما فى السلم وعندهما هو على حاله استصناع وذكر الاجل للتعجيل ولو ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه ينقلب سلماً بالاجماع (وجه) قولهما ان هذا استصناع حقيقة فلو صار سلماً انما يصير بذكر المدة وأنه قد يكون للاستعجال كما فى الاستصناع فلا يخرج عن كونه استصناعا مع الاحتمال ولابى حنيفة ان الاجل فى البيع من الخصائص اللازمة للسلم فذكره يكون ذكرا للسلم معنى وان لم يذكره صريحا كالكفالة بشرط براءة الاصيل انها حوالة معنى وان لم يأت بلفظ الحوالة وقوله ذكر الوقت قد يكون للاستعجال قلنا لو حمل على الاستعجال لم يكن مفيداً لان التعجيل غير لازم ولو حمل على حقيقة التأجيل لكان مفيداً لانه لازم فكان الحمل عليه أولى ولا يجوز السلم فى اللحم فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز اذا بين جنسه ونوعه وصفته وقدره وسنه وموضعه لان الفساد لمكان الجهالة وقد زالت ببيان هذه الاشياء ولهذا كان مضمونا بالمثل فى ضمان العدوان ولابى حنيفة ان الجهالة تبقى بعد بيان ماذكرناه من وجهين (أحدهما) من جهة الهزال والسمن (والثانى) من جهة قلة العظم وكثرته وكل واحدة منهما مفضية الى المنازعة وقياس الوجه الثانى أنه لو أسلم فى منزوع العظم يجوز وهو رواية الكرخى عن أبى حنيفة رحمهما الله وقياس الوجه الاول أنه لا يجوز كيف ما كان وهو ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وهو الصحيح لانه ان زالت الجهالة من إحدى الجهتين بقيت من جهة أخرى وهى جهالة السمن والهزال فكان المسلم فيه مجهولا فلا يصح السلم إلا أنه جعل مثلا فى ضمان العدوان وسقط اعتبار التفاوت فيه شرعا تحقيقاً لمعنى الزجر من وجه لان ذلك لا يحصل بالقيمة لان للناس رغائب فى الاعيان ما ليس فى قيمتها ويجوز السلم فى الالية

والشحم و زنالانه لاتختلف بالسمن والهزال الا يسيرابخلاف اللحم فان التفاوت بين غير السمين والسمين والمهز ول وغير المهز ول تفاوت فاحش (وأما) السلم فى السمك فقد اختلفت عبارات الاصل فى ذلك والصحيح أنه يجوز السلم فى الصغار منه كيلا و وزنا مالحا كان أوطريا بعد أن كان فى حينه لان الصغار منه لا يتحقق فيه اختلاف السمن والهزال ولا اختلاف العظم بخلاف اللحم عند أبى حنيفة وفى الكبار عن أبى حنيفة روايتان فى رواية لا يجوز طريا كان أومالحا كالسلم فى اللحم لاختلافها بالسمن والهزال كاللحم وفى رواية يجوز كيف ما كان وزنا لان التفاوت بين سمينه ومهز وله لا يعد تفاوتا عادة لقلته وعند أبى حنيفة ومحمد لا يجوز بخلاف اللحم عندهما والفرق لهما ان بيان الموضع من اللحم شرط الجواز عندهما وذلك لا يتحقق فى السمك فاشبه السلم فى المساليخ والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) السلم فى الخبز عددا فلا يجوز بالاجماع لتفاوت فاحش بين خبز وخبز فى الصغر والكبر (وأما) وزنا فقد ذكر الكرخى أن السلم فى الخبز لا يجوز فى قولهم لتفاوت فاحش بين خبز وخبز فى الخبز والخفة والثقل فتبقى جهالة مفضية الى المنازعة ولان جواز السلم ثبت بخلاف القياس بتعامل الناس ولا تعامل فى الخبز وذكر فى نوادر ابن رستم أنه لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يجوز (ومنها) أن يكون موجودا من وقت العقد الى وقت الاجل فان لم يكن موجودا عند العقد أو عند محل الاجل أو كان موجودا فيهما لكنه انقطع من أيدى الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن واشباه ذلك لا يجوز السلم وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله الشرط وجوده عند محل الاجل لاغير (وجه) قوله ان اعتبار هذا الشرط وهو الوجود ليس لعينه بل للقدرة على التسليم فيعتبر وقت وجوب التسليم وذلك عند محل الاجل فاما قبل ذلك فالوجود فيه والعدم بمنزلة واحدة ونظير هذا فى العقليات ما قلنا فى استطاعة الفعل أنها مع الفعل لا تتقدمه لان وجودها للفعل فيجب وجودها عند الفعل لا سابقا عليه كذا هذا (ولنا) ان القدرة على التسليم ثابتة للحال وفى وجودها عند المحل شك لاحتمال الهلاك فان بقى حيا الى وقت المحل ثبتت القدرة وان هلك قبل ذلك لا تثبت والقدرة لم تكن ثابتة فوقع الشك فى ثبوتها فلا تثبت مع الشك ولو كان موجودا عند العقد ودام وجوده الى محل الاجل فحل الاجل ولم يقبضه حتى انقطع عن أيدى الناس لا ينفسخ السلم بل هو على حاله صحيح لان السلم وقع صحيحا لثبوت القدرة على التسليم لكون المسلم فيه موجودا وقت العقد ودام وجوده الى محل الاجل الا أنه عجز عن التسليم للحال لعارض الانقطاع مع عرضية حدوث القدرة ظاهرا بالوجود فكان فى بقاء العقد فائدة والعقد اذا انعقد صحيحا يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم على السواء كبيع الآبق اذا أبق قبل القبض فلان يبقى لفائدة عود القدرة فى الثانى ظاهرا أولى لكن يثبت الخيار لرب السلم ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان الانقطاع قبل القبض بمنزلة تغير المعقود عليه قبل القبض وأنه يوجب الخيار ولو أسلم فى حنطة حديثة قبل حدوثها لا يصح عندنا لانه أسلم فى المنقطع وعلى هذا يخرج ما اذا أسلم فى حنطة موضع أنه ان كان مما لا يتوهم انقطاع طعامه جاز السلم فيه كما اذا أسلم فى حنطة خراسان او العراق أو فرغانة لان كل واحد منها اسم لولاية فلا يتوهم انقطاع طعامها وكذا اذا أسلم فى طعام بلدة كبيرة كسمرقند و بخارى أو كاشان جاز لانه لا ينفد طعام هذه البلاد الا على سبيل الندرة والنادر ملحق بالعدم ومن مشايخنا من قال لا يجوز الا فى طعام ولاية لان وهم الانقطاع فيما وراء ذلك ثابت والسلم عقد جوز بخلاف القياس لكونه بيع المعدوم فتجب صيانته عن غرر الانقطاع ما أمكن والصحيح ان الموضع المضاف اليه الطعام وان كان مما لا ينفد طعامه غالبا يجوز السلم فيه سواء كان ولاية أو بلدة كبيرة لان الغالب فى أحكام الشرع ملحق بالمتيقن وان كان مما لا يحتمل ان ينقطع طعامه فلا يجوز فيه السلم كأرض بعينها أو قرية بعينها لانه اذا احتمل الانقطاع لاعلى سبيل الندرة لا تثبت القدرة على التسليم لما ذكرنا انه لاقدرة له للحال لانه بيع المفاليس وفى ثبوت القدرة عند محل الاجل شك لاحتمال الانقطاع فلا تثبت القدرة مع الشك وقد روى ان زيد بن شعبة لما أراد أن يسلم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أسلم اليك فى تمر نخلة بعينها فقال عليه الصلاة والسلام أما فى تمر نخلة

بعينها فلا وذكر فى الاصل اذا أسلم فى حنطة هراة لا يجوز وأراد قرية من قرى الفرات المسماة بهراة لانه مما يحتمل انقطاع طعامه ثم لو أسلم فى ثوب هراة وذكر شرائط السلم يجوز (ووجه) الفرق بينهما ظاهر لان اضافة الثوب الى هراة ذكر شرط من شرائط السلم لا جوازله بدونه وهو بيان النوع لا تخصيص الثوب بالمكان المذكور بدليل ان المسلم اليه لو أتى بثوب نسج فى غير هراة لكن على صفة ثوب هراة يجبر رب السلم على القبول فاذا ذكر النوع وذكر الشرائط الاخر كان هذا عقدا استجمع شرائطه فيجوز فاما اضافة الطعام الى هراة فليس يفيد شرطا لا جواز للسلم بدونه ألا ترى أنه لو ترك الاضافة أصلا جاز السلم فبقيت الاضافة لتخصيص الطعام بموضع معين يحتمل انقطاع طعامه فلم يجز والله عز وجل أعلم (ومنها) أن يكون مما يتعين بالتعيين فان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يجوز السلم فيه لان المسلم فيه مبيع لما روينا ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم سمى السلم بيعاً فكان المسلم فيه مبيعاً والمبيع مما يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا تتعين فى عقود المعاوضات فلم تكن مبيعة فلا يجوز السلم فيها وهل يجوز السلم فى التبر والنقرة والمصوغ فعلى رواية كتاب الصرف لا يجوز لانه جعلها بمنزلة الدراهم والدنانير المضروبة وعلى رواية كتاب المضاربة يجوز لانه جعلها بمنزلة العروض حيث لم يجوز المضاربة بها فتتعين بالتعيين فكانت مبيعة فيجوز السلم فيها وعلى هذا أيضاً يخرج السلم فى الفلوس عددا انه جائز عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف لان الفلوس مما تتعين بالتعيين فى الجملة عندهما حتى جوز بيع فلس بفلس باعيانهما وعند محمد لا يجوز السلم فيها كما لا يجوز فى الدراهم والدنانير لانها أثمان عنده ولهذا لم يجز بيع واحد منها باثنين باعيانهما ويجوز السلم فى القماقم والاوانى الصفرية التى تباع عددا لانها تتعين بالتعيين فكانت مبيعة وان كانت تباع وزنا لا يجوز السلم فيها ما لم يعرف وزنها لانها مجهولة القدر والله عز وجل أعلم (ومنها) أن يكون مؤجلا عندنا حتى لا يجوز السلم فى الحال وعند الشافعى هذا ليس بشرط وسلم الحال جائز (وجه) قوله ان الاجل شرع نظرا للمسلم اليه تمكينا له من الاكتساب فلا يكون لازما كما فى بيع العين (ولنا) ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم أوجب عليه الصلاة والسلام مراعاة الاجل فى السلم كما أوجب مراعاة القدر فيه فيدل على كونه شرطا فيه كالقدر ولان السلم حالا يفضى الى المنازعة لان السلم بيع المفاليس فالظاهر أن يكون المسلم اليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه ورب السلم يطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع الحاجة الى الفسخ وفيه الحاق الضرر برب السلم لانه سلم رأس المال الى المسلم اليه وصرفه فى حاجته فلا يصل الى المسلم فيه ولا الى رأس المال فشرط الاجل حتى لا يملك المطالبة الا بعد حل الاجل وعند ذلك يقدر على التسليم ظاهرا فلا يؤدى الى المنازعة المفضية الى الفسخ والاضرار برب السلم ولانه عقد لم يشرع الا رخصة لكونه بيع ما ليس عند الانسان لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم فهذا الحديث يدل على أن بيع ما ليس عند الانسان لم يشرع الا رخصة وان السلم بيع ما ليس عند الانسان أيضا على ما ذكرنا من قبل والرخصة فى عرف الشرع اسم لما يغير عن الامر الأصلى بعارض عذر الى تخفيف ويسر كرخصة تناول الميتة وشرب الخمر بالاكراه والمخمصة ونحو ذلك فالترخص فى السلم هو تغيير الحكم الاصلى وهو حرمة بيع ما ليس عند الانسان الى الحل بعارض عذر العدم ضرورة الافلاس فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم قدرة الرخصة فيبقى الحكم فيها على العزيمة الاصلية فكانت حرمة السلم الحال على هذا التقرير مستفادة من النص كان ينبغى أن لا يجوز السلم من القادر على تسليم المسلم فيه للحال الا أنه صار مخصوصا عن النهى العام فألحق بالعاجز عن التسليم للحال على اعتبار الاصل والحاق النادر بالعدم فى أحكام الشرع والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب (ومنها) أن يكون مؤجلا بأجل معلوم فان كان مجهولا فالسلم فاسد سواء كانت الجهالة متفاحشة أومتقاربة لان كل ذلك يفضى الى المنازعة

وانها

وانها مفسدة للعقد لجهالة القدر وغيرها على ماذكرنا (وأما) مقدار الاجل فلم يذكر في الاصل وذكر الكرخي ان تقدير الاجل الى العاقدين حتى لو قدرا نصف يوم جاز وقال بعض مشايخنا أقله ثلاثة أيام قياسا على خيار الشرط وهذا القياس غير سديد لان أقل مدة الخيار ليس بمقدر والثلاث أكثر المدة على أصل أبي حنيفة فلا يستقيم القياس وروى عن محمد انه قدر بالشهر وهو الصحيح لان الاجل انما شرط في السلم ترفيها وتيسيرا على المسلم اليه ليتمكن من الاكتساب في المدة والشهر مدة معتبرة يمكن فيها من الاكتساب فيتحقق معنى الترفيه فأما مادونه ففي حد القلة فكان له حكم الحلول والله عز وجل أعلم ولو مات المسلم اليه قبل الاجل حل الدين وكذلك كل دين مؤجل سواء اذا مات من عليه الدين والاصل في هذا ان موت من عليه الدين يبطل الاجل وموت من له الدين لا يبطل لان الاجل حق المديون لا حق صاحب الدين فتعتبر حياته وموته في الاجل وبطلانه والله عز وجل أعلم (ومنها) بيان مكان ايفائه اذا كان له حمل ومؤنة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد ليس بشرط وعلى هذا الخلاف بيان مكان الاجرة في الاجارات اذا كان لها حمل ومؤنة وعلى هذا الخلاف اذا جعل المكيل الموصوف أو الموزون الموصوف ثمنا في بيع العين انه لابد من بيان مكان التسليم عنده خلافا لهما كذا أطلقه الكرخي ولم يفصل بين ما اذا كان مؤجلا أو غير مؤجل ومن أصحابنا من فرق فقالوا اذا كان حالا يتعين مكان العقد للتسليم بالاجماع وحاصل الاختلاف راجع الى مكان العقد هل يتعين للايفاء عنده لا يتعين وعندهما يتعين لانه اذا لم يتعين مكان العقد للايفاء عنده ولم يوجد منهما تعيين مكان آخر بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فيفسد العقد ولما تعين مكان العقد للايفاء عندهما صار مكان الايفاء معلوما فيصح (وجه) قولهما ان سبب وجوب الايفاء هو العقد والعقد وجد في هذا المكان فيتعين مكان العقد لوجوب الايفاء فيه كما في بيع العين اذا كان المسلم فيه شيأ له حمل ومؤنة فانه يتعين مكان العقد لوجوب الايفاء فيه لما قلنا كذا هذا (ولابي حنيفة رحمه الله) أن العقد وجد مطلقا عن تعيين مكان فلا يتعين مكان العقد للايفاء والدليل على اطلاق العقد عن تعيين مكان الحقيقة والحكم (أما) الحقيقة فلأنه لم يوجد ذكر المكان في العقد نصا فالقول بتعيين مكان العقد شرعا من غير تعيين العاقدين تقييد المطلق فلا يجوز الا بدليل (وأما) الحكم فان العاقدين لو عينا مكانا آخر جاز ولو كان تعيين مكان العقد من مقتضيات العقد شرعا لكان تعيين مكان آخر تغييرا لمقتضى العقد وانه يعتبر فيه حكم الشرع فينبغي أن لا يجوز واذا لم يتعين مكان العقد للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة لان في الاشياء التي لها حمل ومؤنة تختلف باختلاف الامكنة لما يلزم في حملها من مكان الى مكان آخر من المؤنة فيتنازعان (وأما) قولهما سبب وجوب التسليم هو العقد في هذا المكان قلنا ليس كذلك فان العقد قائم بالعاقدين لا بالمكان فلم يوجد العقد في هذا المكان وانما هذا امكان المتعاقدين على أن العقد ليس بسبب لوجوب التسليم للحال وانما يصير سببا عند حل الاجل مقصورا عليه وعند ذلك مكان العاقدين ليس بمتحد بل مختلف فيتنازعان (وأما) المسلم فيه اذا لم يكن له حمل ومؤنة فعن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية لا يتعين مكان العقد هنالك أيضا وهو رواية كتاب الاجارات ويوفيه في أي مكان شاء وهذا لا يوجب الفساد لان الفساد ههنا لمكان الجهالة المفضية الى المنازعة لاختلاف القيمة باختلاف الامكنة ومالا حمل له ولا مؤنة لا تختلف قيمته باختلاف الاماكن فلم تكن جهالة مكان الايفاء مفضية الى المنازعة وفي رواية يتعين مكان العقد للايفاء وهو قول أبي يوسف ومحمد وهو رواية الجامع الصغير ورواية البيوع من الاصل ومن مشايخنا من أول هذه الرواية وقال هي معنى قوله يوفيه في المكان الذي أسلم فيه اذا لم يتنازعا فاذا تنازعا يأخذه بالتسليم حيث ما لقيه ولو شرط رب السلم التسليم في بلد أو قرية فحيث سلم اليه في ذلك الموضع فهو جائز وليس لرب السلم ان يتخير مكانا لان المشروط هو التسليم في مكان منه مطلقا وقد وجد وان سلم في غير المكان المشروط فلرب السلم ان يأبى لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم فان أعطاه على ذلك أجرا لم يجزله أخذ الاجر عليه لانه لما قبض المسلم فيه فقد تعين ملكه في المقبوض فتبين انه أخذ الاجر على

نقل ملك نفسه فلم يجز فيرد الاجر وله أن يرد المسلم فيه حتى يسلم فى المكان المشروط لان حقه فى التسليم فيه ولم يرض ببطلان حقه الا بعوض ولم يسلم له فبقى حقه فى التسليم فى المكان المشروط وهذا بخلاف ما اذا صالح الشفيع من الشفعة التى وجبت له على مال انه لا يصح الصلح و يسقط حقه فى الشفعة وعليه رد بدل الصلح واذا رده لا يعود حقه فى الشفعة لانه ليس للشفيع حق ثابت فى المحل قبل التمليك بالشفعة وانما له حق أن يتملك وهذا ليس بحق ثابت فى المحل فلا يحتمل الاعتياض و بطل حقه من الشفعة باعراضه عن الطلب باسقاطه صريحا ولرب السلم حق ثابت فى التسليم فى المكان المشروط فاذا لم يصح الاعتياض عنه التحق الاعتياض بالعدم و بقى الحق على ما كان والذى يدل على التفرقة بينهما انه لو قال أسقطت حقى فى الشفعة يسقط ولو قال أسقطت حقى فى التسليم فى ذلك المكان لا يسقط والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى البدلين جميعا فهو أن لا يجمعهما أحد وصفى علة ربا الفضل وذلك اما الكيل واما الوزن واما الجنس لان احد وصفى علة ربا الفضل هو علة ربا النساء فاذا اجتمع أحد هذين الوصفين فى البدلين يتحقق ربا النساء والعقد الذى فيه ربا فاسد وعلى هذا يخرج اسلام المكيل فى المكيل أو الموزون فى الموزون والمكيل فى الموزون والموزون فى المكيل وغير المكيل والموزون بجنسهما من الثياب والعدديات المتقاربة وقد ذكرنا جملة ذلك وتفصيله فيما تقدم فى مسائل ربا النساء والله تعالى الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يجوز من التصرف فى المسلم فيه وما لا يجوز فنقول و بالله التوفيق لا يجوز استبدال المسلم فيه قبل قبضه بان يأخذ رب السلم مكانه من غير جنسه لما ذكرنا أن المسلم فيه وان كان دينا فهو مبيع ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل القبض و يجوز الابراء عنه لان قبضه ليس بمستحق على رب السلم فكان هو بالابراء متصرفا فى خالص حقه بالاسقاط فله ذلك بخلاف الابراء عن رأس المال لانه مستحق القبض حقا للشرع فلا يملك اسقاطه بنفسه بالابراء على ما ذكرنا وتجوز الحوالة بالمسلم فيه لوجود ركن الحوالة مع شرائطه وكذلك الكفالة به لما قلنا الا أن فى الحوالة يبرأ المسلم اليه وفى الكفالة لا يبرأ ورب السلم بالخيار ان شاء طالب المسلم اليه وان شاء طالب الكفيل لان الحوالة مبرئة والكفالة ليست بمبرئة الا اذا كانت بشرط براءة المكفول عنه لانها حوالة معنى على ما ذكرنا ولا يجوز لرب السلم الاستبدال مع الكفيل كما لا يجوز ذلك مع المسلم اليه لانه كفيل بما على المسلم اليه لا بدين آخر اذ الدين واحد وانما تعددت المطالبة بالكفالة وهو الصحيح على ما يجىء فى كتاب الكفالة و يجوز للكفيل أن يستبدل مع المسلم اليه عند الرجوع فيأخذ بدل ما أدى الى رب السلم لان الكفالة اذا كانت بامر المكفول عنه كانت اقراضا واستقراضا كان الكفيل اقرض المسلم اليه واستبدال القرض قبل القبض جائز و يجوز الرهن بالمسلم فيه لانه دين حقيقة والرهن بالدين أى دين كان جائز والاقالة جائزة فى المسلم فيه كما تجوز فى بيع العين لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما أقال الله عثراته يوم القيامة مطلقا من غير فصل ولان الاقالة فى بيع العين انما شرعت نظر اللعاقدين دفعا لحاجة الندم واعتراض الندم فى السلم ههنا أكثر لانه بيع باوكس الاثمان فكان أدعى الى شرع الاقالة فيه ثم جملة الكلام فى الاقالة فى السلم انه لا يخلو اما ان تقايلا السلم فى كل المسلم فيه واما ان تقايلا فى بعض دون بعض فان تقايلا فى كل المسلم فيه جازت الاقالة لما قلنا سواء كانت الاقالة بعد حل الاجل أو قبله لان نص الاقالة مطلق لا يفصل بين حال وحال وكذا جواز اعتراض الندم قائم فى الحالين وسواء كان رأس المال قائما فى يد المسلم اليه أو هالكا أما اذا كان قائما فلا شك فيه وكذا اذا كان هالكا لان رأس مال السلم ثمن والمبيع هو المسلم فيه وقيام الثمن ليس بشرط لصحة الاقالة انما الشرط قيام المبيع وقد وجد ثم اذا جازت الاقالة فان كان رأس المال مما يتعين بالتعيين وهو قائم فعلى المسلم اليه رد عينه الى رب السلم لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وان كان هالكا فان كان مما له مثل فعليه رد مثله وان كان مما لا مثل له فعليه رد قيمته وان كان رأس المال مما لا يتعين بالتعيين فعليه رد مثله هالكا

كان أو قائماً لانه قبضه عن عقد صحيح وكذلك اذا قبض رب السلم المسلم فيه ثم تقايلا والمقبوض قائم فى يده جازت الاقالة وعلى رب السلم رد عين ما قبض لان المقبوض فى يده بعد السلم كأنه عين ما ورد عليه عقد السلم ألا ترى انه يجوز لرب السلم أن يبيع المقبوض مرابحة على رأس المال وان تقايلا السلم فى بعض المسلم فيه فان كان بعد حل الاجل جازت الاقالة فيه بقدره اذا كان الباقى جزأ معلوما من النصف والثلث ونحو ذلك من الاجزاء المعلومة لما ذكرنا أن الاقالة شرعت نظراً وفى اقالة البعض دون البعض ههنا نظر من الجانبين لان السلم بيع بأبخس الأثمان لهذا اسماه ابن عباس رضى الله عنهما حسنا جميلا فقال رضى الله عنه ذلك المعروف الحسن الجميل والسلم فى الباقى الى أجله عند عامة العلماء وقال ابن أبى ليلى ينفسخ العقد فى الكل والصحيح قول العامة لان الاقالة وجدت فى البعض لا فى الكل فلا توجب انفساخ العقد فى الكل لان الحكم يثبت بقدر العلة هذا هو الاصل وان كان قبل حل الاجل ينظر ان لم يشترط فى الاقالة تعجيل الباقى من المسلم جازت الاقالة أيضا والسلم فى الباقى الى أجله وان اشترط فيها تعجيل الباقى لم يصح الشرط والاقالة صحيحة (أما) فساد الشرط فلأنه اعتياض عن الاجل وانه لا يجوز لان الاجل ليس بمال فلا يجوز الاعتياض عنه (وأما) صحة الاقالة فلأن الاقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة فبطل الشرط وصحت الاقالة وهذا على قياس قول أبى حنيفة ومحمد لان الاقالة عندهما فسخ (وأما) على قياس قول أبى يوسف فتبطل الاقالة والسلم على حاله الى أجله لان الاقالة عنده بيع جديد والبيع تبطله الشروط الفاسدة والله عز وجل أعلم (ومنها) قبض البدلين فى بيع الدين بالدين وهو عقد الصرف والكلام فى الصرف فى الاصل فى موضعين أحدهما فى تفسير الصرف فى عرف الشرع والثانى فى بيان شرائطه (أما) الاول فالصرف فى متعارف الشرع اسم لبيع الأثمان المطلقة بعضها ببعض وهو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة واحد الجنسين بالآخر فاحتمل تسمية هذا النوع من البيع صرفا لمعنى الرد والنقل يقال صرفته عن كذا الى كذا سمى صرفا لاختصاصه برد البدل ونقله من يد الى يد ويحتمل أن تكون التسمية لمعنى الفضل اذ الصرف يذكر بمعنى الفضل كما روى فى الحديث من فعل كذا لم يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فالصرف الفضل وهو النافلة والعدل الفرض سمى هذا العقد صرفا لطلب التاجر الفضل منه عادة لما يرغب فى عين الذهب والفضة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط (فمنها) قبض البدلين قبل الافتراق لقوله عليه الصلاة والسلام فى الحديث المشهور والذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد وروى عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تسقوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيأ غائبا بناجز وروى عن عبد الله بن سيدنا عمر عن أبيه رضى الله عنهما أنه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الذهب بالورق أحدهما غائب والآخر ناجز وان استنظرك حتى يلج بيته فلا تنظره انى أخاف عليكم الرماء أى الربا فدلت هذه النصوص على اشتراط قبض البدلين قبل الافتراق وتفسير الافتراق هو أن يفترق العاقدان بأبدانهما عن مجلسهما فيأخذ هذا فى جهة وهذا فى جهة أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر حتى لو كانا فى مجلسهما لم يبرحا عنه لم يكونا مفترقين وان طال مجلسهما لانعدام الافتراق بأبدانهما وكذا اذا ناما فى المجلس أو أغمى عليهما لما قلنا وكذا اذا قاما عن مجلسهما فذهبا معا فى جهة واحدة وطريق واحدة ومشيا ميلا أو أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه فليسا بمفترقين لان العبرة لتفرق الابدان ولم يوجد فرق بين هذا وبين خيار المخيرة اذا قامت عن مجلسها أو اشتغلت بعمل آخر يخرج الامر من يدها لان خيار المخيرة يبطل بالاعراض عما فوض اليها والقيام عن المجلس أو الاشتغال بعمل آخر دليل الاعراض وههنا لا عبرة بالاعراض انما العبرة للافتراق بالابدان ولم يوجد وروى عن محمد أنه ألحق هذا بخيار المخيرة حتى لو نام طويلا أو وجد ما يدل على الاعراض يبطل الصرف كالخيار وروى عن محمد فى رجل له على انسان ألف درهم وكذلك الرجل عليه خمسون دينارا فأرسل اليه رسولا فقال

بعتسك الدنانير التي لي عليك بالدراهم التي لك علي وقال قبلت فهو باطل لان حقوق العقد لا تتعلق بالرسول بل بالمرسل وهما مفترقان بابدانهما وكذلك لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو ناداه من بعيد لم يجز لانهما مفترقان بابدانهما عند العقد بخلاف البيع المطلق اذا أرسل رسولا الى انسان فقال بعت عبدي الذي في مكان كذا منك بكذا فقبل ذلك الرجل فالبيع جائز لان التقابض في البيع المطلق ليس بشرط لصحة العقد ولا يكون الافتراق مفسدا له ثم المعتبر افتراق المتعاقدين سواء كانا مالكين أو نائبين عنهما كالاب والوصي والوكيل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقدين فيعتبر افتراقهما ثم انما يعتبر التفرق بالابدان في موضع يمكن اعتباره فان لم يمكن اعتباره يعتبر المجلس دون التفرق بالابدان بان قال الاب اشهدوا اني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة دراهم ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل كذا روي عن محمد لان الاب هو العاقد فلا يمكن اعتبار التفرق بالابدان فيعتبر المجلس والله سبحانه وتعالى أعلم ثم بيع الجنس بالجنس وبخلاف الجنس كالذهب بالفضة سواء لا يختلفان في حكم القبض لان كل ذلك صرف فيشترط فيه التقابض وانما يختلفان في جوز التفاضل وعدمه فلا يجوز التفاضل عند اتحاد الجنس ويجوز عند الاختلاف ولكن يجب التقابض اتحد الجنس او اختلف لما ذكرنا من الدلائل ولو تصارفا ذهبا بذهب أو فضة بفضة مثلا بمثل وتقابضا وتفرقا ثم زاد أحدهما صاحبه شيأ أو حط عنه شيأ وقبل الآخر فسد البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف الزيادة والحط باطلان والعقد الاول صحيح وعند محمد الزيادة باطلة والحط جائز بمنزلة الهبة المستقبلة واختلافهم في هذه المسئلة فرع اختلافهم في أصل ذكرناه فيما تقدم وهو أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد في الذكر اذا الحق به هل يلتحق به أم لا فمن أصل أبي حنيفة فيه أنه يلتحق باصل العقد ويفسد العقد والزيادة والحط يلتحقان باصل العقد على أصل أصحابنا كان العقد ورد على المزيد عليه والزيادة جميعا فيتحقق التفاضل والجنس متحد فيتحقق الربا فكانت الزيادة والحط بمنزلة شرط فاسد ملتحق بالعقد فيتأخر عنه فيلتحق به ويوجب فساده ومن أصل أبي يوسف ومحمد أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد لا يلتحق بالعقد فطرد أبو يوسف هذا الاصل وقال تبطل الزيادة والحط جميعا ويبقى البيع الاول صحيحا ومحمد فرق بين الزيادة والحط وقال الزيادة باطلة والحط جائز لان الزيادة لو صحت لالتحقت باصل العقد فيوجب فساده فبطلت الزيادة وليس من شرط صحة الحط أن يلتحق بالعقد الا ترى أنه لو حط جميع الثمن صح ولا يلتحق اذ لو التحق لكان البيع واقعا بلا ثمن فيجعل حطا للحال بمنزلة هبة مستأنفة ولو تبايعا الجنس بخلاف الجنس بان تصارفا دينارا بعشرة دراهم ثم زاد أحدهما صاحبه درهما وقبل الآخر أو حط عنه درهما من الدينار جازت الزيادة والحط بالاجماع لان المانع من الجواز والالتحاق تحقق الربا واختلاف الجنس يمنع تحقق الربا الا أن في الزيادة يشترط قبضها قبل الافتراق حتى لو افترقا قبل القبض بطل البيع في حصة الزيادة لان الزيادة لما التحقت باصل العقد صار كان العقد ورد على الزيادة والاصل جميعا الا أنه جاز التفاضل لاختلاف الجنس فاذا لم يقبض الزيادة قبل الافتراق بطل العقد بقدرها (وأما) الحط فجائز سواء كان قبل التفرق أو بعده لان الحط وان كان يلتحق باصل العقد فيؤدي الى التفاضل لكن التفاضل عند اختلاف الجنس جائز ولا زيادة ههنا حتى يشترط قبضها فصح الحط ووجب عليه رد المحطوط لان الحط لما التحق باصل العقد تبين أن العقد لم يقع على قدر المحطوط من الابتداء فيجب رده ولو حط مشتري الدينار قيراطا منه فبائع الدينار يكون شريكا له في الدينار لانه تبين أن العقد وقع على ماسوى القيراط ولو اشترى سيفا محلى بفضة وحليته خمسون درهما بمائة درهم وتقابضا ثم زاده دينارا في الثمن دفعه اليه قبل أن يفارقه أو بعد ما فارقه يجوز كذا روي عن محمد وتصرف الزيادة الى النصل والجفن والحمائل لانها تلحق باصل العقد فصار كان العقد ورد على الاصل والزيادة جميعا ولو كان كذلك لكان الامر على ما وصفنا كذا هذا بخلاف بيع المرابحة فانه يقسم على جميع الثمن لما نذكر في مسائل المرابحة وسواء كان دينا بدين وهو الدراهم والدنانير أو عينا بعين وهو التبر والمصوغ أو دينا بعين وهو الدرهم والدنانير بالتبر والمصوغ لان ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بين الدين والعين

وسواء كان مفرداً أو مجموعاً مع غيره كما إذا باع ذهباً وثوباً بفضة مفردة لأن الفضة تنقسم على الذهب والثوب فما قابل الذهب يكون صرفاً فيشترط فيهما القبض وما يقابل الثوب يكون بيعاً مطلقاً فلا يشترط فيه القبض وكذا إذا باع ذهباً وثوباً بذهب والذهب أكثر حتى جاز البيع أنه في حصة الذهب يكون صرفاً وفي حصة الثوب يكون بيعاً مطلقاً وكذا إذا باع سيفاً محلى بالفضة مفردة أو منطقة مفضضة أو لجاماً أو سرجاً أو سكيناً مفضضة أو جارية على عنقها طوق فضة بفضة مفردة والفضة المفردة أكثر حتى جاز البيع كان بحصة الفضة صرفاً ويراعى فيه شرائط الصرف وبحصة الزيادة التي هي من خلاف جنسها بيعاً مطلقاً فلا يشترط له ما يشترط للصرف فإن وجد التقابض وهو القبض من الجانبين قبل التفرق بالأبدان تم الصرف والبيع جميعاً وإن لم يوجد أو وجد القبض من أحد الجانبين دون الآخر بطل الصرف لوجود الافتراق من غير قبض وهل يبطل البيع المطلق ينظر إن كانت الفضة المجموعة مع غيرها يمكن فصلها وتخليصها من غير ضرر كالجارية مع الطوق وغير ذلك فالبيع جائز وفساد الصرف لا يتعدى إلى البيع لأنه إذا أمكن تخليصها من غير ضرر جاز لأنهما شيآن منفصلان ولهذا جاز بيع أحدهما دون الآخر ابتداء فلأن يبقى جائزاً انتهاء أولى لأن البقاء أسهل من الابتداء وإن كان لا يمكن فصلها وتخليصها إلا بضرر بطل البيع أيضاً لأنه بيع ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر وأنه لا يجوز ابتداء كبيع الجذع في السقف ونحو ذلك فكذا في حالة البقاء فإذا بطل العقد في قدر الصرف يبطل في البيع أيضاً والله عز وجل أعلم هذا إذا انعقد العقد على الصحة ثم فسد في قدر الصرف بطريان المفسد عليه وهو الافتراق من غير تقابض فأما إذا انعقد على الفساد من الابتداء بأن شرطا الخيار أو أدخلا الأجل فيه لم يصح الصرف بالإجماع وهل يصح البيع المطلق اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يصح سواء كان يتخلص من غير ضرر أو لا يتخلص إلا بضرر وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا والأول سواء إن كان يتخلص من غير ضرر يصح وإن كان لا يتخلص إلا بضرر لا يصح وكذا إذا اشترى ديناراً بعشرة دراهم نسيئة ثم نقد بعض العشرة دون البعض في المجلس فسد الصرف في الكل عنده وعندهما يصح بقدر ما قبض وهذا بناء على أصل مختلف بينهم وهو أن الصفقة إذا اشتملت على الصحيح والفاسد يتعدى الفساد إلى الكل عنده وعندهما لا يتعدى فهما سويا بين الفساد الطارئ والمقارن وأبو حنيفة فرق بينهما (ووجه) الفرق ما ذكرنا من قبل أن الفساد إذا كان مقارناً يصير قبول العقد في الفاسد شرط قبول العقد في الآخر وهذا شرط فاسد فيؤثر في الكل ولم يوجد هذا المعنى في الطارئ فاقتصر الفساد فيه على قدر المفسد ثم إذا كانت الفضة المفردة فيها أكثر ولم يوجد فيه شرط الخيار ولا الأجل حتى جاز العقد ثم نقد قدر الفضة المجموعة من المفردة دون غيرها وتفرقا عن قبض من الجانبين بأن باع سيفاً محلى بمائة درهم وحليته خمسون فنقده المشتري خمسين فالقدر المنقود من الفضة المفردة يقع عن الصرف حتى لا يبطل بالافتراق أو عن البيع حتى يبطل الصرف بالافتراق من غير قبض فهذا لا يخلو من خمسة أوجه إما إن ذكر أن المنقود من ثمن الحلية وإما إن ذكر أنه من ثمن الجفن والنصل وإما إن ذكر أنه من ثمنهما جميعاً وإما إن ذكر أنه من ثمن السيف وإما إن سكت ولم يذكر شيئاً فإن ذكر أنه من ثمن الحلية يقع عنها ويجوز الصرف والبيع جميعاً وهذا ظاهر وكذا إذا ذكر أنه من ثمنهما فإنه يقع عن الحلية أيضاً وجاز البيع والصرف لأن قبض التصرف مستحق حقاً للشرع وقبض البيع ليس بمستحق فيصرف إلى جهة الاستحقاق ويمكن إيقاع المنقود كله عن هذه الجهة وإن أضافه إليهما لأن ذكر شيئين على إرادة أحدهما جائز في اللغة قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وإنما يخرج من أحدهما وهو المالح وكذا إذا لم يذكر شيئاً يقع عن الصرف لأن أمور المسلمين محمولة على الصحة والسداد ما أمكن وذلك فيما قلنا لأن قبض حصة الحلية مستحق فعند الإطلاق يصرف إلى جهة الاستحقاق وكذا إذا ذكر أنه من ثمن السيف يقع عن الحلية لأن الحلية تدخل في اسم السيف وإن ذكر أنه من ثمن الجفن والنصل ينظر إن أمكن تخليص الفضة من غيرها من غير ضرر يقع عن ثمن المذكور ويبطل الصرف بالافتراق قبل القبض لأنه قصد جواز البيع وصرف بفساد الصرف وإذا أمكن

تخليصهامن غيرضرر أمكن القول بجواز البيع مع فساد الصرف ألا ترى انه يجوز بيع السيف بانفراده فيجوز البيع و يبطل الصرف وان لم يمكن تخليصها الا بضرر فالمنقود يقع عن ثمن الصرف و يجوز البيع والصرف جميعا لانه قصد جواز البيع ولا يجوز الا بجواز الصرف لان بيع السيف بدون الحلية لا يجوز اذا لم يمكن تخليصهامن غيرضرر فان أمكن تخليصهامن غيرضرر فيجوزان جميعا والله عز وجل أعلم وكذلك في السيف المحلى اذا لم يكن من جنس الحلية فان كانت حلية السيف ذهبا اشتراه مع حليته بفضة مفردة فحكمه وحكم الجنس سواء في جميع ما وصفنا الا انهما في حكم القبض وما يتعلق به لا يختلفان وقد ذكرنا جملة ذلك وتفصيله على الاتفاق والاختلاف وعلى هذا يخرج الابراء عن بدل الصرف وهبته ممن عليه والتصدق به عليه انه لا يصح بدون قبوله وان قبل انتقض الصرف وان لم يقبل لم يصح و يبقى الصرف على حاله لان قبض البدل مستحق والابراء عن الدين اسقاطه والدين بعد ما سقط لا يتصور قبضه فكان الابراء عن البدل جعل البدل بحال لا يتصور قبضه فكان في معنى الفسخ فلا يصح الا بتراضيهما كصريح الفسخ واذا لم يصح بقي عقد الصرف على حاله فيتم بالتقابض قبل الافتراق بأبدانهما ولو أبى المبرئ أو الواهب أو المتصدق أن يأخذ ما أبرأ أو وهبه أو تصدق يجبر على القبض لانه بالامتناع عن القبض يريد فسخ العقد وأحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ وعلى هذا يخرج الاستبدال ببدل الصرف انه لا يجوز والصرف على حاله يقبض البدل قبل الافتراق و يتم العقد لان قبض البدل شرط بقاء العقد على الصحة وبالاستبدال يفوت قبضه حقيقة لانه يقبض بدله وبدله غيره وقال زفران الاستبدال جائز لان الشراء لا يقع بعين ما في الذمة لان ما في الذمة من الدراهم لا يحتمل التعيين بلا خلاف فكان مشتريا بمثل ما في الذمة فيجب لمن عليه الدين في ذمة المشتري دراهم مثل ما في ذمته في النوع والصفة فلا يفوت قبض البدل بالاستبدال بل يصير قابضا بطريق المعاوضة فيصح الاستبدال (والجواب) عنه ان الدراهم والدنانير وان كانت لا تتعين بالعقد ولكنها تتعين بالقبض وقبضها واجب و بالمقاصة يفوت القبض حقيقة فلم تصح المقاصة فبقي الشراء بها اسقاطا للقبض المستحق حقا للشرع فلا يصح الشراء و بقي الصرف صحيحا موقوفا بقاؤه على الصحة على القبض قبل الافتراق وان أعطاه صاحبه دراهم أجود أو أردأ من حقه فرضي به والمقبوض مما يجري مجرى الدراهم الواجبة بالعقد في المعاوضات بين الناس جاز لان المقبوض من جنسه أصلا وانما يخالفه في الوصف فاذا رضي به فقد أسقط حقه فكان استيفاء لا استبدالا وتجوز الحوالة ببدل الصرف اذا كان المحتال عليه حاضرا وكذلك الكفالة وكذلك الرهن به والصرف على حاله فان قبض من المحتال عليه أو من الكفيل أو هلك الرهن في يد المرتهن في المجلس فالصرف ماض على الصحة وان افترق المتصارفان قبل القبض وهلاك الرهن بطل الصرف وعند زفر لا تجوز الحوالة والكفالة ببدل الصرف وقد مرت المسئلة في السلم والعبرة لبقاء العاقدين في المجلس وافتراقهما عنه لا لبقاء المحال عليه والكفيل وافتراقهما لما ذكرنا أن القبض من حقوق العقد فيتعلق بالعاقدين فيعتبر مجلسهما وكذلك لو وكل كل واحد من العاقدين رجلا أن ينقد عنه يعتبر مجلس الموكلين بقاء وافتراقا لا مجلس الوكيل لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا تخرج المقاصة في ثمن الصرف اذا وجب الدين بعقد متأخر عن عقد الصرف انه لا يصير قصاصا ببدل الصرف وان تراضيا بذلك وقد ذكرنا جملة الكلام في ذلك وتفصيله في السلم وعلى هذا يخرج ما اذا قبض بدل الصرف ثم انتقض بدل الصرف ثم انتقض القبض فيه بمعنى أوجب انتقاضه انه يبطل الصرف وقد مر الكلام فيه جملة وتفصيلا في السلم ثم قبض الصرف في المجلس كما هو شرط بقاء العقد على الصحة فقبضهما في مجلس الاقالة شرط بقاء الاقالة على الصحة أيضا حتى لو تقايلا الصرف وتقابضا قبل الافتراق مضت الاقالة على الصحة وان افترقا قبل التقابض بطلت الاقالة أما على أصل أبي يوسف فظاهر لان الاقالة على أصله بيع جديد فكانت مصارفة مبتدأة فلا بد من التقابض في المجلس وعلى أصلهما ان كانت فسخا في حق المتعاقدين فهي بيع جديد في حق ثالث واستحقاق القبض حق للشرع ههنا ثالث فيعتبر بيعا جديدا في حق هذا الحكم فيشترط فيه التقابض بخلاف السلم

فان قبض رأس مال السلم فى مجلس الاقالة ليس بشرط لصحة الاقالة وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما فيما تقدم ولو وجد ببدل الصرف عيبا وهو عين كما اذا اشترى قلب فضة بذهب فرده ثم افترقا قبل قبض الثمن ان رده عليه بقضاء القاضى فالرد صحيح على حاله وان كان بغير قضاء القاضى فلا ينبغى أن يفارقه حتى يقبض الثمن لان القبض بغير قضاء يكون فسخا فى حق الكل و رفعا للعقد عن الاصل كانه لم يكن واعادة المالك الى قديم ملكه كانه لم يزل عن ملكه فلا حاجة الى القبض والرد بغير قضاء يكون فسخا فى حق المتعاقدين بيعا جديدا فى حق ثالث وحق الشرع وهو القبض يعتبر ثالثا فيجعل بيعا جديدا فى حق هذا الحكم وأما التقابض فى بيع المطعوم بالمطعوم بجنسه أو بغير جنسه بان باع قفيز حنطة بقفيز حنطة أو بقفيزى شعير وعينا البدلين بالاشارة اليهما فهل هو شرط اختلف فيه قال أصحابنا ليس بشرط وقال الشافعى رحمه الله شرط حتى لو افترقا من غير قبض عندنا يثبت الملك وعنده لا يثبت ما لم يتقابضا فى المجلس احتج بقوله عليه الصلاة والسلام فى الحديث المشهور والحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد و بقوله عليه الصلاة والسلام لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء يدا بيد ولان الافتراق من غير تقابض فى بيع المطعوم بجنسه لا يخلو عن الربا لجواز أن يقبض أحد المتعاقدين دون الآخر فيتحقق الربا لان للمقبوض فضلا على غير المقبوض فأشبه فضل الحلول على الاجل وانما يقع التحرز عنه بوجوب التقابض ولهذا صار شرطا فى الصرف كذا هذا (ولنا) عمومات البيع من نحو قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقوله عز شأنه وأحل الله البيع وحرم الربا وغير ذلك نهى عن الاكل بدون التجارة عن تراض واستثنى التجارة عن تراض فيدل على اباحة الاكل فى التجارة عن تراض من غير شرط القبض وذلك دليل ثبوت الملك بدون التقابض لان أكل مال الغير ليس بمباح وأما الحديث فظاهر قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد غير معمول به لان اليد بمعنى الجارحة ليس بمراد بالاجماع فلان حملها على القبض لانها آلة القبض فنحن نحملها على التعيين لانها آلة التعيين لان الاشارة باليد سبب التعيين وعندنا التعيين شرط فسقط احتجاجه بالحديث بحمد الله تعالى على ان الحمل على ما قلنا أولى لان فيه توفيقا بين الكتاب والسنة وهكذا نقول فى الصرف ان الشرط هناك هو التعيين لا نفس القبض الا أنه قام الدليل عندنا ان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين وانما تتعين بالقبض فشرطنا التقابض للتعيين لا للقبض وههنا التعيين حاصل من غير تقابض فلا يشترط التقابض والله عز وجل أعلم وقوله المقبوض خير من غير المقبوض فيتحقق الربا قلنا هذا انما يستقيم ان لو قلنا بوجوب تسليم أحدهما دون الآخر وليس كذلك (ومنها) أن يكون خاليا عن شرط الخيار فان شرط الخيار فيه لهما أو لاحدهما فسد الصرف لان القبض فى هذا العقد شرط بقائه على الصحة وخيار العقد يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم فيمنع صحة القبض ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق ثم افترقا عن تقابض ينقلب الى الجواز عندنا خلافا لزفر ولو لم يبطل حتى افترقا تقرر الفساد وقد ذكرنا جنس هذه المسائل بدلائلها فيما تقدم (ومنها) أن يكون خاليا عن الاجل لهما أو لاحدهما فان شرطاه لهما أو لاحدهما فسد الصرف لان قبض البدلين مستحق قبل الافتراق والاجل يعدم القبض فيفسد العقد فان أبطل صاحب الاجل أجله قبل الافتراق فنقد ما عليه ثم افترقا عن تقابض ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر وهاتان الشريطتان على الحقيقة فرعتان لشريطة القبض الا أن احداهما تؤثر فى نفس القبض والاخرى فى صحته على ما بينا وأما خيار العيب وخيار الرؤية فيثبتان فى هذا العقد لانهما لا يمنعان حكم العقد فلا يمنعان صحة القبض لان خيار الرؤية يثبت فى العين وهو التبر والنقرة والمصوغ ولا يثبت فى الدين وهو الدراهم والدنانير المضروبة لانه لا فائدة فى الرد اذا العقد لا ينفسخ بالرد لانه ما ورد على عين المردود وقيام العقد يقتضى ولاية المطالبة بمثله فاذا قبض برده فيطالبه بآخر هكذا الى ما لا يتناهى وكذا خيار الرؤية لانه لا يثبت فى سائر الديون فى سائر العقود لما قلنا بخلاف ما اذا كان ثمن الصرف عينا لان هناك ينفسخ العقد بالرد فلا يملك المطالبة بعين أخرى فكان الرد مفيدا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما خيار العيب فيثبت فى الوجهين جميعا

لان السلامة عن العيب مطلوبة عادة ففواتها يوجب الخيار كما في سائر البياعات الا أن بدل الصرف اذا كان عينا فرده بالعيب ينفسخ العقد سواء رده في المجلس أو بعد الافتراق و يرجع على البائع بما نقد وان كان دينا بان وجد الدراهم المقبوضة زيوفا أو كاسدة أو وجدها رائجة في بعض التجارات دون البعض وذلك عيب عند التجار فردها في المجلس ينفسخ العقد بالرد حتى لو استبدل مكانه مضى الصرف وان ردها بعد الافتراق بطل الصرف عند أبي حنيفة و زفر لحصول الافتراق لا عن قبض وعند أبي يوسف ومحمد لا يبطل اذا استبدل في مجلس الرد على ماذكرنا في السلم وخيار المستحق لا يبطل الصرف أيضا ولانه لا يمنع صحة القبض على تقدير الاجازة واحتمال الاجازة قائم فلا يبطل العقد المنعقد ظاهرا بالشك ثم اذا استحق أحد بدلى الصرف بعد الافتراق فان كان أجاز المستحق والبدل قائم أو ضمن الناقد وهو هالك جاز الصرف لانه اذا كان قائما كان بمحل الاجازة والاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة واذا كان هالكا ضمن الناقد المضمون بالضمان فتبين انه سلم ملك نفسه وان استرده وهو قائم أو ضمن القابض قيمته وهو هالك بطل الصرف لانه نقض قبضه أو تبين انه لم يصح بخلاف الاول لانه سلم له القبض فجاز الصرف والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون الثمن الاول معلوما في بيع المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة والاصل في هذه العقود عمومات البيع من غير فصل بين بيع و بيع وقال الله عز شأنه وابتغوا من فضل الله وقال عز وجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم والمرابحة ابتغاء للفضل من البيع نصا و روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة اشترى سيدنا أبو بكر رضى الله عنه بعيرين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنى أحدهما فقال سيدنا أبو بكر رضى الله عنه هو لك بغير شئ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما بغير ثمن فلا فدل طلب التولية على جوازها و روى ان سيدنا أبا بكر رضى الله عنه اشترى بلالا فاعتقه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم الشركة يا أبا بكر فقال يا رسول الله قد أعتقته لولم تكن الشركة مشروعة لم يكن ليطلبها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا الناس توارثوا هذه البياعات في سائر الاعصار من غير نكير وذلك اجماع على جوازها * ثم الكلام في المرابحة في مواضع في تفسير بيع المرابحة وفي بيان شرائطه وفي بيان رأس المال انه ماهو وفي بيان ما يلحق برأس المال ومالا يلحق به وفي بيان ما يجب بيانه عند المرابحة مما ترك بيانه يكون خيانة ومالا يجب بيانه وترك بيانه لا يكون خيانة وفي بيان حكم الخيانة اذا ظهرت أما تفسيره فقد ذكرناه في أول الكتاب وهو أنه بيع بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح وأما شرائطه (فمنها) ماذكرنا وهو أن يكون الثمن الاول معلوما للمشترى الثاني لان المرابحة بيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والعلم بالثمن الاول شرط صحة البياعات كلها لما ذكرنا فيما تقدم فان لم يكن معلوما له فالبيع فاسد الى أن يعلم في المجلس فيختار ان شاء فيجوز أو يترك فيبطل أما الفساد للحال فلجهالة الثمن لان الثمن للحال مجهول وأما الخيار فلخلل في الرضا لان الانسان قد يرضى بشراء شئ بثمن يسير ولا يرضى بشرائه بثمن كثير فلا يتكامل الرضا الا بعد معرفة مقدار الثمن فاذا لم يعرف اختل رضاه واختلال الرضا يوجب الخيار ولو لم يعلم حتى افترقا عن المجلس بطل العقد لتقرر الفساد وقد ذكرنا اختلاف عبارات الرواية عن أصحابنا عن هذا النوع من البيع كبيع الشئ برقمه ونحو ذلك في بعضها انه فاسد وفي بعضها انه موقوف على الاجازة والاختيار اذا علم وكذلك التولية والاشراك والوضيعة في اعتبار هذا الشرط والمرابحة سواء لان التولية بيع بمثل الثمن الاول فلابد أن يكون الثمن الاول معلوما والاشراك تولية لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن والعلم بالثمن كله شرط صحة البيع والوضيعة بيع بمثل الثمن الاول مع نقصان شئ معلوم منه فلابد وأن يكون الثمن الاول معلوما ليعلم قدر النقصان منه وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى رجلان جملة مما له مثل فاقتسماها ثم أراد كل واحد منهما أن يبيع حصته مرابحة انه يجوز لان القسمة وان كانت لا تخلو عن معنى المبادلة حقيقة لكن معنى المبادلة في قسمة المتماثلات ساقط شرعا بل بعد القسمة فيها تمييز النصيب وافراز محضا واذا كان كذلك فما يصل الى كل واحد منهما كانه عين ما كان له قبل القسمة فكان يجوز له أن يبيع له نصيبه مرابحة قبل القسمة كذا بعدها وان اشتريا

جملة ممالا مثل له فاقتسماه لا يجوز لاحدهما أن يبيع حصته مرابحة لان معنى المبادلة فى قسمة هذا النوع معتبرة اذ الاصل اعتبار الحقيقة فكان ما يصيب كل واحد منهما بالقسمة نصفه ملكه و نصفه بدل ملكه كانه اشتراه به فلا يجوز بيعه مرابحة كما اذا اشترى عرضا بعرض ثم أراد أن يبيعه مرابحة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أسلم عشرة دراهم فى ثوبين متفقين من جنس واحد ونوع واحد وصفة واحدة وطول واحد حتى جاز السلم بالاجماع ولم يبين حصة كل واحد منهما من رأس المال فحل الاجل له أن يبيعهما جميعا مرابحة على العشرة بلا خلاف فان باع أحدهما مرابحة على خمسة لم يجز عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يجوز ولو كان بين حصة كل واحد من الثوبين من رأس المال جاز أن يبيع أحدهما مرابحة على خمسة بالاجماع لهما ان المقبوض هو المسلم فيه والملك فى المسلم فيه يثبت بعقد السلم وعقد السلم أوجب انقسام الثمن وهو رأس المال على الثوبين المقبوضين على السواء لاتفاقهما فى الجنس والنوع والصفة والقدر فكانت حصة كل واحد منهما معلومة فتجوز المرابحة عليهما كما اذا أسلم عشرة دراهم فى كرى حنطة فحل السلم وقبضهما ثم باع أحدهما مرابحة ولابى حنيفة أن المقبوض ليس عين المسلم فيه لان المسلم فيه دين حقيقة وقبض الدين لا يتصور فلم يكن المقبوض مملوكا بعقد السلم بل بالقبض فكان القبض بمنزلة انشاء العقد كانه اشتراهما جميعا ابتداء ولم يبين حصة كل واحد منهما ثم أراد أن يبيع أحدهما مرابحة وذلك لا يجوز فيما لا مثل له ويجوز فيما له مثل على ما ذكرنا كذا هذا (ومنها) أن يكون الربح معلوما لانه بعض الثمن والعلم بالثمن شرط صحة البياعات (ومنها) أن يكون رأس المال من ذوات الامثال وهو شرط جواز المرابحة على الاطلاق وكذلك التولية وبيان ذلك أن رأس المال لا يخلو اما أن يكون مماله مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة واما أن يكون ممالا مثل له من الذرعيات والمعدودات المتفاوتة فان كان مماله مثل يجوز بيعه مرابحة على الثمن الاول وتولية مطلقا سواء باعه من بائعه أو من غيره وسواء جعل الربح من جنس رأس المال فى المرابحة أو من خلاف جنسه بعد ان كان الثمن الاول معلوما والربح معلوما وان كان ممالا مثل له من العروض لا يجوز بيعه مرابحة ولا تولية ممن ليس ذلك العرض فى ملكه لان المرابحة بيع بمثل الثمن الاول وكذلك التولية فاذا لم يكن الثمن الاول مثل جنسه فاما أن يقع البيع على غير ذلك العرض واما أن يقع على قيمته وعينه ليس فى ملكه وقيمته مجهولة تعرف بالحزر والظن لاختلاف أهل التقويم فيها ويجوز بيعه تولية ممن العرض فى ملكه ويده وأما بيعه مرابحة ممن العرض فى ملكه ويده فينظر ان جعل الربح شيأ مفردا عن رأس المال معلوما كالدراهم وثوب معين ونحو ذلك جاز لان الثمن الاول معلوم والربح معلوم وان جعل الربح جزأ من رأس المال بأن قال بعتك الثمن الاول بربح ده يازده لا يجوز لانه جعل الربح جزأ من العرض والعرض ليس متماثل الاجزاء وانما يعرف ذلك بالتقوم والقيمة مجهولة لان معرفتها بالحزر والظن وأما بيعه مواضعة ممن العرض فى يده وملكه فالجواب فيها على العكس من المرابحة وهو أنه ان جعل الوضيعة شيأ منفردا عن رأس المال معلوما كالدراهم ونحوه لا يجوز لانه يحتاج الى وضع ذلك القدر عن رأس المال وهو مجهول وان جعلها من جنس رأس المال بان باعه بوضع ده يازده جاز البيع بعشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من رأس المال لان الموضوع جزء شائع من رأس مال معلوم (ومنها) أن لا يكون الثمن فى العقد الاول مقابلا بجنسه من أموال الربا فان كان اشترى المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل لم يجز له أن يبيعه مرابحة لان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة والزيادة فى أموال الربا تكون ربا لا ربحا وكذا لا يجوز بيعه مواضعة لما قلنا وله أن يبيعه تولية لان المانع هو تحقق الربا ولم يوجد فى التولية ولانه بيع بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وكذا الاشراك لانه تولية لكن ببعض الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) عند اختلاف الجنس فلا بأس بالمرابحة حتى لو اشترى دينارا بعشرة دراهم فباعه بربح درهم أو ثوب بعينه جاز لان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة ولو باع دينارا باحد عشر درهما أو بعشرة دراهم وثوب كان جائزا كذا هذا ولو باع الدينار بربح ذهب بان قال بعتك هذا الدينار الذى اشتريته بربح قيراطين لم يجز عند أبى يوسف وعند محمد جاز (وجه) قوله ان المرابحة بيع بالثمن

الاول و زيادة كانه باع دينارا بعشرة دراهم وقيراطين وذلك جائز وطريق جوازه أن يكون القيراطان بمثلهما من الدينار والعشرة ببقية الدينار كذا هذا ولابي يوسف ان في تجويز هذا تغيير المرابحة لان المتصارفين جعلا العشرة رأس المال والدراهم ربحا فلو جوزنا على ماقاله محمد لصار القيراط رأس مال و بعض العشرة ربحا وفيه تغيير المقابلة واخراجها عن كونها مرابحة فلا يصح ولو اشترى سيفا محلى بفضة وحليته خمسون بمائة درهم ثم باعه مرابحة بربح درهم أو بربح دينار أو بربح ثوب بعينه لا يجوز لان المرابحة بيع بالثمن الاول و زيادة ربح والربح ينقسم على كل الثمن لانه جعل ربح كل الثمن فلابد وأن ينقسم على كله ليكون مرابحة على كل الثمن ومتى انقسم على الكل كان للحلية حصة من الربح لا محالة فيتحقق الربا ولا يصح العقد والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون العقد الاول صحيحا فان كان فاسدا لم يجز بيع المرابحة لان المرابحة بيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والبيع الفاسد وان كان يفيد الملك في الجملة لكن بقيمة المبيع أو بمثله لا بالثمن لفساد التسمية والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان رأس المال فرأس المال مالزم المشترى بالعقد لا ما نقده بعد العقد لان المرابحة بيع بالثمن الاول والثمن الاول هو ما وجب بالبيع فأما ما نقده بعد البيع فذلك وجب بعقد آخر وهو الاستبدال فيأخذ من المشترى الثاني الواجب بالعقد لا المنقود بعده وكذلك التولية وبيان هذا الاصل اذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ونقد مكانها دينارا أو ثوبا فرأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان العشرة هي التي وجبت بالعقد وانما الدينار أو الثوب بدل الثمن الواجب وكذلك لو اشترى ثوبا بعشرة دراهم جياد ونقد مكانها الزيوف وتجوز بها البائع الاول فعلى المشترى نقد الجياد لما قلنا ولو اشترى ثوبا بعشرة هي خلاف نقد البلد ثم باعه مرابحة فان ذكر الربح مطلقا بأن قال أبيعك بالثمن الاول وربح درهم كان على المشترى الثاني عشرة من جنس ما نقد والربح من دراهم نقد البلد لان المرابحة بيع بالثمن الاول والثمن الاول هو الواجب بالعقد الاول وهو عشرة وهي خلاف نقد البلد فيجب بالعقد الثاني مثلها والربح من نقد البلد لانه أطلق الربح وما أضافه الى رأس المال والمطلق ينصرف الى المتعارف وهو نقد البلد وان أضاف الربح الى العشرة بأن قال أبيعك بربح العشرة أو بربح ده يازده فالعشرة والربح من جنس الثمن الاول أما اذا قال بربح العشرة فلأنه أضاف الربح الى تلك العشرة اذا كان من جنسها وأما اذا قال بربح ده يازده فلأنه جعل الربح جزأ من العشرة فكان من جنسها ضرورة وعلى هذا يخرج ما اذا زاد المشترى البائع الاول في الثمن الاول وقبل انه يبيعه مرابحة وتولية على الاصل والزيادة جميعا لان الزيادة تلتحق بأصل العقد فيصير في التقدير كان العقد على الاصل والزيادة جميعا فكان الاصل مع الزيادة رأس المال لوجوبهما بالعقد تقديرا فيبيعه مرابحة عليهما وكذا لو حط البائع الاول عن المشترى بعض الثمن فانه يبيعه مرابحة على الثاني بعد الحط لان الحط أيضا يلتحق بأصل العقد فكان الباقي بعد الحط رأس المال وهو الثمن الاول فيبيعه مرابحة عليه ولو حط البائع الاول عن المشترى بعد ما باعه المشترى حط المشترى الاول ذلك القدر عن المشترى الثاني مع حصته من الربح لما ذكرنا ان الحط يلتحق بأصل العقد فيصير رأس المال وهو الثمن الاول ماوراء قدر المحطوط فيحط المشترى الاول عن المشترى الثاني ذلك القدر ويحط حصته من الربح أيضا لان قدر الربح ينقسم على جميع الثمن فاذا حط شيأ من ذلك الثمن لا بد من حط حصته من الربح بخلاف ما اذا باع مساومة ثم حط عن المشترى الاول شيء من الثمن انه لا يحط ذلك عن المشترى الثاني لان الثمن الاول أصل في بيع المرابحة ولا عبرة به في بيع المساومة ألا ترى انه لو اشترى عبدين قيمتهما سواء أحدهما بألف والآخر بخمسمائة ثم باعهما مساومة انقسم الثمن عليهما على القيمة نصفين ولو باعهما مرابحة أو تولية انقسم الثمن عليهما على قدر الثمن الاول أثلاثا لا على قدر القيمة دل ان الاول أصل في بيع المرابحة ولا عبرة به في بيع المساومة فالحط عن الثمن الاول في بيع المرابحة يوجب الحط عن الثمن الثاني ولا يوجب في المساومة وهذا الذي ذكرنا على أصل أصحابنا الثلاثة لان الزيادة على الثمن تلتحق بأصل العقد وكذا الحط عنه ويصير كأن العقد في الابتداء وقع على هذا القدر

(فأما) على أصل زفر والشافعى فالزيادة والحط كل واحد منهما لا يصح زيادة فى الثمن وحطا عنه وانما يصح هبة مبتدأة والمسألة تأتى فى موضعها ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يلحق برأس المال ومالا يلحق به فنقول لا بأس بأن يلحق برأس المال أجرة القصار والصباغ والغسال والفتال والخياط والسمسار وسائق الغنم والكراء ونفقة الرقيق من طعامهم وكسوتهم ومالا بد لهم منه بالمعروف وعلف الدواب ويباع مرابحة وتولية على الكل اعتبارا للعرف لان العادة فيما بين التجار انهم يلحقون هذه المؤن برأس المال ويعدونها منه وعرف المسلمين وعادتهم حجة مطلقة قال النبى عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن الا أنه لا يقول عند البيع اشتريته بكذا ولكن يقول قام على بكذا لان الاول كذب والثانى صدق وأما أجرة الراعى والطبيب والحجام والختان والبيطار وجعل الآبق والفداء عن الجناية وما أنفق على نفسه وعلى الرقيق من تعليم صناعة أو قرآن أو شعر فلا يلحق برأس المال ويباع مرابحة وتولية على الثمن الاول الواجب بالعقد الاول لا غير لان العادة ما جرت من التجار بالحاق هذه المؤن برأس المال وقال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح وكذا المضارب ما أنفق على الرقيق من طعامهم وكسوتهم ومالا بد لهم منه بالمعروف يلحق برأس المال لجريان العادة بذلك وما أنفق على نفسه فى سفره لا يلحق به لانه لا عادة فيه والتعويل فى هذا الباب على العادة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يجب بيانه فى المرابحة ومالا يجب فالاصل فيه ان بيع المرابحة والتولية بيع أمانة لان المشترى ائتمن البائع فى إخباره عن الثمن الاول من غير بينة ولا استحلاف فتجب صيانتها عن الخيانة وعن سبب الخيانة والتهمة لان التحرز عن ذلك كله واجب ما أمكن قال الله تعالى عز شأنه يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون وقال عليه الصلاة والسلام ليس منا من غشنا وقال عليه الصلاة والسلام لوابصة بن معبد رضى الله عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى مالا يريبك وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال الا إن لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه وقال عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم والاحتراز عن الخيانة وعن شبهة الخيانة والتهمة انما يحصل ببيان ما يجب بيانه فلا بد من بيان ما يجب بيانه ومالا يجب فنقول وبالله التوفيق اذا حدث بالسلعة عيب فى يد البائع أو فى يد المشترى فأراد أن يبيعها مرابحة ينظر ان حدث بآفة سماوية له أن يبيعها مرابحة بجميع الثمن من غير بيان عندنا وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يبيعها مرابحة حتى يبين وان حدث بفعله أو بفعل أجنبى لم يبعه مرابحة حتى يبين بالاجماع (وجه) قولهما ان البيع من غير بيان حدوث العيب لا يخلو من شبهة الخيانة لان المشترى لو علم ان العيب حدث فى يد المشترى لكان لا يربحه فيه ولانه لما باعه بعد حدوث العيب فى يده فقد احتبس عنده جزأ منه فلا يملك بيع الباقى من غير بيان كما لو احتبس بفعله أو بفعل أجنبى (ولنا) أن الفائت جزء لا يقابله ثمن بدليل انه لو فات بعد العقد قبل القبض لا يسقط بحصته شئ من الثمن فكان بيانه والسكوت عنه بمنزلة واحدة وما يقابله الثمن قائم بالكلية فله أن يبيعه مرابحة من غير بيان لانه يكون بائعا ما بقى بجميع الثمن بخلاف ما اذا فات بفعله أو بفعل أجنبى لان الفائت صار مقصودا بالفعل وصار مقابله الثمن فقد حبس المشترى جزأ يقابله الثمن فلا يملك بيع الباقى مرابحة الا ببيان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو حدث من المبيع زيادة كالولد والثمرة والصوف واللبن والعقر لم يبعه مرابحة حتى يبين لان الزيادة المتولدة من المبيع مبيعة عندنا حتى تمنع الرد بالعيب وان لم يكن لها حصة من الثمن للحال فهذا حبس بعض المبيع وباع الباقى فلا يجوز من غير بيان وكذا لو هلك بفعله أو بفعل أجنبى ووجب الارش لانه صار مبيعا مقصودا يقابله الثمن ثم المبيع بيعا غير مقصود لم يبعه مرابحة من غير بيان فالمبيع مقصودا أولى ولو هلك بآفة سماوية له أن يبيعه مرابحة من غير بيان لانه ان هلك طرف من أطرافه بآفة سماوية باعه مرابحة من غير

بيان على مامر فالولد أولى لانه ملحق بالطرف ولو استغل الولد والارض جازله أن يبيعه مرابحة من غير بيان لان الزيادة التى ليست بمتولدة من المبيع لا تكون مبيعة بالاجماع ولهذا لا يمنع الرد بالعيب فلم يكن ببيع الدار أو الارض حابساً جزأ من المبيع فكان له أن يبيعه مرابحة من غير بيان وكذلك لو كان المشترى جارية ثيبا فوطئها جازله أن يبيعها مرابحة من غير بيان فان الوطء استيفاء المنفعة حقيقةً والمنفعة ليست بجزء لها حقيقة فاستيفاؤها لا يوجب نقصانا فى الذات الا أنه ألحق بالجزء عند عدم الملك اظهارا لخطر الابضاع ولا حاجة الى ذلك فى الملك فبقيت مبيعة حقيقة ووطء الثيب انما منع الرد بالعيب عندنا لا لأنه اتلاف جزء من العين بل لمعنى آخر نذكره فى موضعه ولو كانت الجارية بكرا فافتضها المشترى لم يبعها مرابحة حتى يبين لان الافتضاض ازالة العذرة وهى عضو منها فكان اتلافا لجزئها فأشبه اتلاف سائر الاجزاء ولو أتلف منها جزأ آخر لكان لا يبيعها مرابحة حتى يبين كذا هذا ولو اشترى شيأ نسيئة لم يبعه مرابحة حتى يبين لان للاجل شبهة المبيع وان لم يكن مبيعا حقيقة لانه مرغوب فيه ألا ترى ان الثمن قد يزاد لمكان الاجل فكان له شبهة أن يقابله شئ من الثمن فيصير كانه اشترى شيئين ثم باع أحدهما مرابحة على ثمن الكل لان الشبهة ملحقة بالحقيقة فى هذا الباب فيجب التحرز عنها بالبيان ولو اشترى من انسان شيأ بدين له عليه له أن يبيعه مرابحة من غير بيان ولو أخذ شيأ صلحا من دين له على انسان لا يبيعه مرابحة حتى يبين (ووجه) الفرق أن مبنى الصلح على الحط والاغماض والتجوز بدون الحق فلا بد من البيان ليعلم المشترى أنه سامح أم لا فيقع التحرز عن التهمة ومبنى الشراء على المضايقة والمماكسة فلا حاجة الى البيان وفرق آخر ان فى الشراء لا تتصور الخيانة لان الشراء لا يقع بذلك الدين بعينه بل بمثله وهو أن يجب على المشترى مثل ما فى ذمة المديون فيلتقيان قصاصا لعدم الفائدة والدليل على انه كذلك انه لو اشترى ثم تصادقا على انه لم يكن عليه دين لم يبطل الشراء ولو وقع الشراء بذلك الدين بعينه لبطل الشراء واذا لم يقع الشراء بذلك الدين بعينه لا تتقدر الخيانة كما اذا اشترى منه ثوبا بعشرة دراهم ابتداء بخلاف الصلح فانه يقع بما فى الذمة على البدل المذكور ألا ترى انهما لو تصادقا بعد عقد الصلح على انه لم يكن عليه دين يبطل الصلح فاحتمل تهمة المسامحة والتجوز بدون الحق فوجب التحرز عن ذلك بالبيان ولو اشترى ثوبا بعشرة دراهم ورقمه اثنى عشر فباعه مرابحة على الرقم من غير بيان جاز اذا كان الرقم معلوما والربح معلوما ولا يكون خيانة لانه صادق لكن لا يقول اشتريته بكذا لانه يكون كاذبا فيه وروى عن أبى يوسف ان المشترى اذا كان لا يعلم عادة التجار وعنده ان الرقم هو الثمن لم يبعه مرابحة على ذلك من غير بيان وكذلك لو ورث مالا فرقمه ثم باعه مرابحة على رقمه يجوز لما قلنا ولو اشترى شيأ ثم باعه بربح ثم اشتراه فأراد أن يبيعه مرابحة فانه يطرح كل ربح كان قبل ذلك فيبيعه مرابحة على ما يبقى من رأس المال بعد الطرح فان لم يبق منه شئ بأن استغرق الربح الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابى حنيفة (وأما) عند أبى يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير من غير بيان ولا عبرة بالعقود المتقدمة ربح فيها أو خسر وبيان ذلك اذا اشترى ثوبا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على خمسة عنده وعندهما على عشرة ولو باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لم يبعه مرابحة أصلا وعندهما يبيعه مرابحة على عشرة (وجه) قولهما ان العقود المتقدمة لا عبرة بها لانها ذهبت وتلاشت بنفسها وحكمها فأما العقد الاخير فحكمه قائم وهو الملك فكان هذا المعتبر فيبيعه مرابحة على الثمن الاخير ولابى حنيفة عليه الرحمة ان الشراء الاخير كما أوجب ملك الثوب فقد أكد الربح وهو خمسة لانه كان يحتمل البطلان بالرد بالعيب أو بغيره من أسباب الفسخ فاذا اشترى فقد خرج عن احتمال البطلان فتأكد وللتأكد شبهة الاثبات فكان مشتريا للثوب وخمسة الربح بعشرة من وجه فكان فيه شبهة انه اشترى شيئين ثم باع أحدهما مرابحة على ثمن الكل وذا لا يجوز من غير بيان لان الشبهة فى هذا الباب لها حكم الحقيقة ألا ترى انه لو اشترى ثوبا بعشرة نسيئة ثم أراد أن يبيعه مرابحة على عشرة نقدا لم يبعه مرابحة من غير بيان احترازا عن الشبهة لان للاجل شبهة أن يقابله الثمن على مامر فوجب التحرز عنه بالبيان كذا هذا فاذا باعه

بعشرين ثم اشتراه بعشرة صار كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فيكون العشرة بالعشرة ويبقى الثوب خاليا عن العوض في عقد المعاوضة فيتمكن فيه شبهة الربا فلم يبعه مرابحة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى ممن لا تجوز شهادته له كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة لم يجز له أن يبيعه مرابحة حتى يبين عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد له ذلك من غير بيان ولو اشترى من مكاتبه أو عبده المأذون وعليه دين أو لا دين عليه لم يبعه مرابحة من غير بيان بالاجماع (وجه) قولهما انه لا خلل في الشراء الاول لان ملك كل واحد منهما ممتاز عن ملك صاحبه منفصل عنه فصح الشراء الاول فلا يجب البيان كما اذا اشترى من الاجنبي ولأبي حنيفة رحمه الله ان تهمة المسامحة في الشراء الاول قائمة لان الناس في العادات لا يماكسون في الشراء من هؤلاء فكانت التهمة وهي الشراء بزيادة الثمن قائمة فلا بد من البيان كما في المكاتب والمأذون ولان للشراء من هؤلاء شبهة عدم الصحة لان كل واحد منهما يبيع بمال صاحبه عادة ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه لكونها شهادة لنفسه من وجه فكان مال كل واحد منهما بعد البيع والشراء قائما معنى فكان لهذا الشراء شبهة عدم الصحة والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فتؤثر في المرابحة كما في المكاتب والعبد المأذون ولو اشترى سلعة من رجل بالف درهم ثم اشترى منه من لا تقبل شهادته له بالف درهم وخمسمائة فانه يبيعه مرابحة على أقل الثمنين وذلك ألف ولا يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة الا ببيان عند أبي حنيفة وعندهما يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة من غير بيان لما ذكرنا وأجمعوا على انه لو اشترى عبدا بخمسمائة فباعه من المكاتب المديون أو لا دين عليه بالف انه لا يبيعه مرابحة على أكثر الثمنين وكذا لو اشترى المكاتب أو المأذون عبدا بخمسمائة فباعه من المولى بالف لما قلنا ولو اشترى من مضاربه أو اشترى مضاربه منه فانه يبيعه مرابحة على أقل الثمنين وحصة المضارب من الربح ان كان فيه ربح وان لم يكن ربح يبيعه مرابحة على أقل الثمنين بيان ذلك اذا دفع ألفا مضاربة فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه من المضارب بالف فان المضارب يبيعه مرابحة على خمسمائة لان جواز بيع رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ليس بمقطوع به بل هو محل الاجتهاد فان عند زفر لا يجوز وهو القياس لانه بيع مال نفسه على نفسه والشراء من الانسان بماله الا انا استحسنا الجواز بالاجتهاد مع احتمال الخطا فكان شبهة عدم الجواز قائمة فتلتحق بالحقيقة في المنع من المرابحة من غير بيان ولانه يحتمل أن رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته لكن ساهله المضارب لانه ما اشتراه بمال نفسه بل بمال رب المال فتمكنت التهمة في هذا البيع فلا يبيعه مرابحة باوفر الثمنين الا ببيان ولو اشترى المضارب عبدا بألف فباعه من رب المال بألف ومائتين فان لرب المال بيعه مرابحة على ألف ومائة ان كانت المضاربة بالنصف لان المائتين ربح وهي بينهما الا أن حصة رب المال فيها شبهة وتهمة على ما ذكرنا فيطرح ذلك القدر من بيع المرابحة وأما حصة المضارب فلا شبهة فيها ولا تهمة اذ لا حق فيها لرب المال فيبيعه مرابحة على الف ومائة وكذلك لو اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بمائة باعه المضارب مرابحة على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بالف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال مرابحة على مائة وهي أقل الثمنين لانه لا تهمة في الاقل وفي الاكثر تهمة على ما بينا ولو اشترى رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة باعه المضارب مرابحة على خمسمائة وخمسين لان الخمسمائة أقل الثمنين والخمسون قدر حصة المضارب من الربح فتنضم الى الخمسمائة والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الخيانة اذا ظهرت فنقول وبالله التوفيق اذا ظهرت الخيانة في المرابحة لا يخلو اما ان ظهرت في صفة الثمن واما ان ظهرت في قدره فان ظهرت في صفة الثمن بأن اشترى شيأ بنسيئة ثم باعه مرابحة على الثمن الاول ولم يبين أنه اشتراه بنسيئة أو باعه تولية ولم يبين ثم علم المشترى فله الخيار بالاجماع ان شاء أخذه وان شاء رده لان المرابحة عقد بني على الامانة لان المشترى اعتمد البائع وائتمنه في الخبر عن الثمن الاول فكانت الامانة مطلوبة في هذا العقد فكانت صيانته عن الخيانة مشروطة دلالة ففواتها يوجب الخيار كفوات السلامة عن العيب وكذا لو صالح من دين

الف له على انسان على عبد ثم باعه مرابحة على الالف ولم يبين للمشتري أنه كان بدل الصلح فله الخيار لما قلنا وان ظهرت الخيانة فى قدر الثمن فى المرابحة والتولية بأن قال اشتريت بعشرة و بعتك بربح ده يازده أوقال اشتريت بعشرة ووليتك بما توليت ثم تبين أنه كان اشتراه بتسعة فقد اختلف فى حكمه قال أبوحنيفة عليه الرحمة المشتري بالخيار فى المرابحة ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك وفى التولية لاخيار له لكن يحط قدر الخيانة و يلزم العقد بالثمن الباقى وقال أبو يوسف لاخيار له ولكن يحط قدر الخيانة فيهما جميعاً وذلك درهم فى التولية ودرهم فى المرابحة وحصة من الربح وهوجزء من عشرة أجزاء من درهم وقال محمد رحمه الله الخيار فيهما جميعاً ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده على البائع (وجه) قول محمد رحمه الله ان المشتري لم يرض بلزوم العقد الا بالقدر المسمى من الثمن فلا يلزم بدونه و يثبت له الخيار لفوات السلامة عن الخيانة كما يثبت الخيار بفوات السلامة عن العيب اذا وجد المبيع معيباً (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان الثمن الاول أصل فى بيع المرابحة والتولية فاذا ظهرت الخيانة تبين ان تسمية قدر الخيانة لم تصح فلغت تسميته و بقى العقد لازما بالثمن الباقى ولابى حنيفة الفرق بين المرابحة والتولية وهوان الخيانة فى المرابحة لا توجب خروج العقد عن كونه مرابحة لان المرابحة بيع بالثمن الاول و زيادة ربح وهذا قائم بعد الخيانة لان بعض الثمن رأس مال و بعضه ربح فلم يخرج العقد عن كونه مرابحة وانما أوجب تغييراً فى قدر الثمن وهذا يوجب خللا فى الرضا فيثبت الخيار كما اذا ظهرت الخيانة فى صفة الثمن بأن ظهر ان الثمن كان نسيئة ونحو ذلك على ما ذكرنا بخلاف التولية لان الخيانة فيها تخرج العقد عن كونه تولية لان التولية بيع بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وقد ظهر النقصان فى الثمن الاول فلو أثبتنا الخيار لاخرجناه عن كونه تولية وجعلناه مرابحة وهذا انشاء عقد آخر لم يتراضيا عليه وهذا لا يجوز فحططنا قدر الخيانة وألزمنا العقد بالثمن الباقى والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المبيع عند ظهور الخيانة بمحل الفسخ فاما اذا لم يكن بأن هلك أوحدث به ما يمنع الفسخ بطل خياره ولزمه جميع الثمن لانه اذا لم يكن بمحل الفسخ لم يكن فى ثبوت الخيار فائدة فيسقط كما فى خيار الشرط وخيار الرؤية والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الاشراك فحكمه حكم التولية لانه تولية حقيقة لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن وقد ذكرنا ما يتعلق بالتولية من الشرائط والاحكام والذى يختص بالاشراك بيان القدر الذى تثبت فيه الشركة فنقول و بالله التوفيق المشتري لا يخلو إما أن يكون لواحد و إما أن يكون لاثنين أوأكثر فان كان لواحد فاشرك فيه غيره فلا يخلو إما أن يشركه فى قدر معلوم كالنصف والثلث والربع ونحو ذلك واما ان أطلق الشركة فان أشركه فى قدر معلوم فله ذلك القدر لا شك فيه لان حكم التصرف فيه يثبت فى قدر ما أضيف اليه هو الاصل فان أطلق الشركة بأن قال أشركتك فى هذا الكر فله نصف الكر كما لو قال أشركتك فى نصف الكر لان الشركة المطلقة تقتضى المساواة فتقتضي أن يكون نصيب الرجل مثل نصيبه ولو اشرك رجلا فى نصفه فلم يقبضه حتى هلك نصفه فالرجل بالخيار ان شاء أخذ نصف ما بقى وهو ربع الكر وان شاء ترك لانه كان له نصف شائع من ذلك فما هلك هلك على الشركة وما بقى بقى على الشركة وله الخيار اذا كان قبل القبض لان الصفقة قد تفرقت عليه وكذلك لو باع رجلا نصف الكر ثم هلك نصفه قبل القبض لما قلنا ولو كان مكان الهلاك استحقاق بأن استحق نصف الكر فههنا يختلف حكم الشركة والبيع فيكون النصف الباقى للمشتري خاصة فى البيع وفى الشركة يكون بينهما وانما كان كذلك لان البيع أضيف الى نصف شائع وتعذر تنفيذه فى النصف المستحق لانعدام الملك وأمكن تنفيذه فى نصف المملوك فيجب تنفيذه فيه وكذلك فى الشركة الا ان تنفيذه فى النصف المملوك يقتضى المساواة بينهما فى ذلك النصف وذلك بأن يكون نصفه للرجل ونصفه له ولو اشترى عبداً فقال له رجل أشركنى فى هذا العبد فقال قد أشركتك ثم قال له رجل آخر مثل ذلك فاشركه فيه ان كان الثانى علم بمشاركة الاول فله الربع وللمشتري الربع والنصف للاول وان كان لم يعلم بمشاركته فالنصف له والنصف للاول ولا شىء للمشتري لانه اذا علم الثانى بمشاركة الاول فلم يطلب الشركة منه الا فى نصيبه خاصة

والشركة فى نصيبه تقتضى المساواة بين النصيبين وهى أن يكون لكل واحد منهما الربع واذا لم يعلم بالشركة فقوله أشركنى
طلب الشركة فى الكل والاشراك فى الكل أن يكون نصفه له والاول قد استحق النصف بالمشاركة فيستحق الثانى
النصف الباقى تحقيقاً للشركة المقتضية للمساواة ولو قال لرجل اشتر جارية فلان بينى و بينك فقال المأمور نعم ثم لقيه
غيره فقال له مثل ما قال الاول فقال المأمور نعم ثم اشترى الجارية فالجارية بين الآمرين ولا شىء منها للمأمور لان
الاول وكله بشراء نصف الجارية و بقبول الوكالة الثانية لا يخرج عن كونه وكيلا للاول لانه لا يمكن اخراج نفسه عن
الوكالة من غير محضر من الموكل فبقى وكيلا له بشراء النصف فاذا قبل الوكالة من الثانى صار وكيلا فى شراء النصف
الآخر فاذا اشترى الجارية فقد اشتراها لموكليه فكانت بينهما ولو لقيه ثالث فقال له مثل ما قال الاولان فقال نعم ثم
اشتراها كانت الجارية للاولين ولا شىء للثالث لانه قد بقى وكيلا للاولين اذ لا يملك اخراج نفسه عن وكالتهما حال
غيبتهما فلم يصح قبوله الوكالة من الثالث شريكان شركة عنان فى الرقيق أمر أحدهما صاحبه أن يشترى عبد فلان
بينه و بين المأمور ثم أمره آخر بمثل ذلك فاشتراه فالنصف للاجنبى والنصف للشريكين لان كل واحد من
الشريكين يملك شراء الرقيق بعقد الشركة من غير أمر فكان الامر سفهاً فلم يصح وصح من الاجنبى فاستحق النصف
واستحقاق النصف تقضية الشركة والله عز وجل أعلم هذا اذا كان المشترى لواحد فاشركه فان كان لاثنين فلا يخلو اما
أن يكون أشرك أحدهما رجلا و إما ان أشركاه جميعاً فان أشركه أحدهما فاما ان أشركه فى نصيبه خاصة بأن قال
أشركتك فى نصيبى و إما ان أشركه فى نصفه بأن قال أشركتك فى نصفى و إما ان اشركه مطلقاً بأن قال أشركتك فى
هذا العبد و إما ان أشركه فى نصيبه ونصيب صاحبه و إما ان أشركه فى نصفه بأن قال أشركتك فى نصف هذا العبد
فان أشركه فى نصيبه خاصة فله النصف من نصيبه لان الشركة المطلقة فى نصيبه تقتضى أن يكون نصيبه فيه مثل نصيبه
لانها تقتضى المساواة وكذا لو أشركه فى نصفه لان الشركة المطلقة فى نصفه تقتضى المساواة فيه وان أشركه مطلقاً فان
أجاز شريكه فله النصف كاملا والنصف لهما وان لم يجز فالربع له لما ذكرنا أن الشركة المطلقة تقتضى المساواة فتقتضى
أن يكون نصيبه وحده مثل نصيبهما جميعاً الا أنه اذا لم يجز تعذر تنفيذ الاشراك فى نصيبه فينفذ فى نصيب صاحبه
فيكون له الربع واذا أجاز أمكن اجراء الشركة على اطلاقها وهى باطلاقها تقتضى المساواة وذلك فى أن يكون له النصف
ولكل واحد منهما الربع وان أشركه فى نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك فى ظاهر الرواية أنه ان أجاز صاحبه فله
النصف والنصف الآخر لهما وان لم يجز فله الربع وروى عن ابى يوسف فى النوادر أنه ان أجاز كان بينهما أثلاثا وان
أبى أن يجيز كان له ثلث ما فى يد الذى أشركه وهو سدس الكل (وجه) هذه الرواية ان اشراك أحدهما واجازة الآخر
بمنزلة اشراكهما معاً لان الاجازة تستند الى حال العقد فكانهما أشركاه معاً ولان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة
فصار كان العاقد أشرك بوكالة صاحبه (وجه) ظاهر الرواية ان الاشراك والاجازة تثبت على التعاقب لوجود الاشراك
والاجازة على التعاقب والحكم يثبت على وفق العلة فصار كما لو أشرك كل واحد منهما على التعاقب قوله الاجازة تستند
الى حالة العقد قلنا نعم لكن الثابت بطريق الاستناد يثبت للحال ثم يستند فكان حكم الاجازة متأخراً عن حكم
الاشراك ثبوتاً وان أشركه فى نصف العبد فاجاز شريكه فله نصف ما فى يده او نصف ما فى يد الآخر وان لم يجز فله
نصف ما فى يد الذى أشركه لما قلنا هذا اذا أشركه أحدهما فاما اذا أشركاه جميعاً فلا يخلو اما ان أشركاه معاً واما ان
أشركاه على التعاقب فان أشركاه معاً فالقياس أن يكون له النصف كاملا ولكل واحد منهما الربع وفى الاستحسان
يكون بينهم أثلاثا وان أشركاه على التعاقب مطلقاً ولم يبينا قدر الشركة أو أشركاه فى نصيبهما بأن قال كل واحد منهما
أشركتك فى نصيبى ولم يبين فى كم أشركه كان له النصف وللاولين النصف (وجه) القياس أنه لما أشركه كل واحد
منهما فقد استحق نصف نصيبه فكان النصف له والنصف لهما جميعاً كما لو أشركاه على التعاقب (وجه) الاستحسان
وهو الفرق بين حالة الاجتماع والافتراق ان الاشراك المطلق من كل واحد منهما اياه فى زمان واحد يقتضى المساواة فى

أنصباء الكل وهو أن يكون نصيب كل واحد منهم مثل نصيب الآخر في أن يكون المشتري بينهم أثلاثا بخلاف الاشراك على التعاقب لان الاشراك من أحدهما مطلقا في زمان يقتضي أن يكون نصيبه مثل نصيبه وكذلك الاشراك الآخر في الزمان الثاني فيجتمع له ربعان وهو النصف لكل واحد منهما الربع والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما المواضعة فهي بيع بمثل الثمن الاول مع نقصان شيء معلوم منه ويعتبر لها من الشرائط والاحكام ما يعتبر للمرابحة وقد ذكرنا ذلك كله والاصل في معرفة مقدار الثمن في المواضعة أن يضم قدر الوضيعة الى رأس المال ثم يطرح منه فما بقي بعد الطرح فهو الثمن مثاله اذا قال اشتريت هذا بعشرة وبعتك بوضيعة ده يازده فاذا أردت ان تعرف الثمن أنه كم هو فسبيلك أن تجعل كل درهم من العشرة التي هي رأس المال أحد عشر جزأ فيكون الكل أحد عشر اطرح منها درهماً يكون الثمن تسعة دراهم وجزأ من أحد عشر جزأ من درهم وعلى هذا القياس تجرى مسائل المواضعة والله الموفق للصواب

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته فواحد وهو أن يكون خالياً عن خيارات أربعة خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية فلا يلزم مع أحد هذه الخيارات وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله افتراق العاقدين مع الخلو عن الخيارين وهو خيار الشرط وخيار العيب شرط أيضاً ولقب المسئلة ان خيار المجلس ليس بثابت عندنا وعنده ثابت احتج الشافعي رحمه الله بقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعات بالخيار مالم يفترقا وهذا نص في الباب ولان الانسان قد يبيع شيأ ويشتري ثم يبدو له فيندم فيحتاج الى التدارك بالفسخ فكان ثبوت الخيار في المجلس من باب النظر للمتعاقدين (ولنا) ظاهر قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم أباح الله سبحانه وتعالى الاكل بالتجارة عن تراض مطلقاً عن قيد التفرق عن مكان العقد وعنده اذا فسخ أحدهما العقد في المجلس لا يباح الاكل فكان ظاهر النص حجة عليه ولان البيع من العاقدين صدر مطلقاً عن شرط والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال فالفسخ من أحد العاقدين يكون تصرفاً في العقد الثابت بتراضيهما أو في حكمه بالرفع والابطال من غير رضا الآخر وهذا لا يجوز ولهذا لم ينفرد أحدهما بالفسخ والاقالة بعد الافتراق كذا هذا (وأما) الحديث فان ثبت مع كونه في حد الآحاد مخالفا لظاهر الكتاب فالخيار المذكور فيه محمول على خيار الرجوع والقبول ما داما في التبايع وهو ان البائع اذا قال لغيره بعت منك كذا فله أن يرجع مالم يقل المشتري اشتريت وللمشتري أن لا يقبل أيضاً واذا قال المشتري اشتريت منك بكذا كان له أن يرجع مالم يقل البائع بعت وللبائع أن لا يقبل أيضاً وهذا النوع من التأويل للخبر نقله محمد في الموطأ عن ابراهيم النخعي رحمهما الله وأنه موافق لرواية أبي حنيفة لما روى عن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما البيعان بالخيار مالم يتفرقا عن بيعهما حملناه على هذا توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان والله تعالى جل شأنه أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها فاما البياعات المكروهة (فمنها) التفريق بين الرقيق في البيع والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا توله والدة عن ولدها والتفرق بينهما توليه فكان منهيا وروى ان النبي عليه الصلاة والسلام رأى امرأة والهة في السبي فسأل عن شأنها فقيل قد بيع ولدها فامر بالرد وقال عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة وهذا خرج مخرج الوعيد وروى أنه قال عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية ونهى عن التفريق في حال الصغر وروى أنه عليه الصلاة والسلام وهب من سيدنا علي رضي الله عنه غلامين صغيرين فباع أحدهما فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنهما فقال بعت أحدهما فقال عليه الصلاة والسلام بعهما أو ردوالامر بالجمع بينهما في البيع أو رد البيع فيهما دليل على كراهة التفريق ولان التفريق بين الصغير والكبير نوع اضرار بهما لان الصغير ينتفع بشفقة الكبير ويسكن اليه والكبير يستأنس بالصغير وذا يفوت

بالتفريق

بالتفريق فيلحقهما الوحشة فكان التفريق اضرارا بهما بالحاق الوحشة وكذا بين الصغيرين لانهما يأتلفان ويسكن قلب أحدهما بصاحبه فكان التفريق بينهما ايحاشا بهما فكره ولان الصبا من أسباب الرحمة قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفى التفريق ترك الرحمة فكان مكروها ثم الكلام فى كراهة التفريق فى مواضع فى بيان شرائط الكراهة وفى بيان ما يحصل به التفريق وفى بيان صفة ما يحصل به التفريق انه جائز أم لا (اما) شرائط الكراهة (فنها) صغر أحدهما وهو أن يكون أحدهما صغيرا أو يكونا صغيرين فان كانا كبيرين لا يكره التفريق بينهما لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يجتمع عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية مد عليه الصلاة والسلام النهى عن التفريق الى غاية البلوغ فدل على اختصاص الكراهة بحالة الصغر وزوالها بعد البلوغ ولان الكراهة معلولة بالاضرار بزوال الاستئناس والشفقة وترك الرحم وكل ذلك يختص بحالة الصغر (ومنها) الرحم وهو القرابة فان كانا أجنبيين لم يكره التفريق بينهما (ومنها) المحرمية وهو أن يكونا ذوى رحم محرم بان كان بينهما قرابة محرمة للنكاح فلا يكره التفريق بين ابنى العم ونحو ذلك لان القرابة المحرمة للنكاح محرمة القطع مفترضة الوصل فكانت منشأ الشفقة والانس بخلاف سائر القرابات وكذا المحرمية بدون الرحم لا تحرم التفريق كحرمة الرضاع والمصاهرة لانعدام معنى الشفقة والانس لعدم دليلهما وهو القرابة (ومنها) أن يكون مالكهما واحدا باى سبب ملكهما بشراء أو هبة أو ميراث أو صدقة أو وصية حتى لو كان أحدهما فى ملكه والآخر فى ملك ولده الصغير فلا بأس أن يبيع أحدهما دون الآخر وكذا لو كان له ولدان صغيران أحد المملوكين فى ملك أحدهما والآخر فى ملك الآخر لا بأس للاب أن يبيع أحدهما لان الكراهة فى التفريق أن يكونا فى ملك واحد وان لم يجمعهما ملك مالك واحد لا يقع البيع تفريقا لانهما كانا متفرقين قبل البيع وكذا اذا كان أحدهما فى ملكه والآخر فى ملك مكاتبه لانهما لم يجتمعا فى ملك شخص واحد لان المكاتب فيما يرجع الى الكسب ملحق بالاحرار فاختلف المالك وان كان أحدهما فى ملكه والاخر فى ملك عبده المأذون فان كان عليه دين مستغرق فلا بأس للمولى أن يبيع العبد الذى عنده فأما على أصل أبى حنيفة فظاهر لان المولى لا يملك كسب المأذون المديون فلم يوجد الاجتماع فى ملك مالك واحد وعندهما وان كان يملكه لكنه ملك تعلق به حق الغرماء فكان كالاجنبي عنه فلم يوجد الاجتماع معنى وان لم يكن عليه دين يكره للمولى أن يبيع أحدهما لوجود الاجتماع فى ملك شخص واحد ولو كان أحدهما فى ملكه والآخر فى ملك مضاربه فلا بأس بالتفريق لان مال المضارب وان لم يكن ملك المضارب لكن له حق قوى فيه حتى جاز بيع المضارب من رب المال وبيع رب المال من المضارب استحسانا فكان رب المال بمنزلة الاجنبي فلم يوجد الاجتماع فى ملك رجل واحد وعلى هذا يخرج ما اذا باع جارية كبيرة على انه بالخيار فيها ثلاثة أيام ثم ملك ولدها الصغير فى مدة الخيار انه يكره ايجاب البيع فى الجارية بالاجازة أو بالترك حتى تمضى المدة بل يفسخ البيع حتى لا يحصل التفريق لان خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه فكانت الجارية على ملكه فاذا ملك ولدها الصغير فقد اجتمعا فى ملك شخص واحد فكانت الاجازة تفريقا فيكره ولو باع الجارية على ان المشترى بالخيار ثلاثة أيام ثم ملك البائع ولدها الصغير فى المدة فلا بأس للمشترى أن يجيز البيع أو يفسخ لان الجارية خرجت عن ملك البائع بلا خلاف لان خيار المشترى لا يمنع خروج السلعة عن ملك البائع بلا خلاف بين أصحابنا وانما الخلاف فى دخولها فى ملك المشترى فلم يجتمع المملوكان فى ملك شخص واحد فلم تكن الاجازة تفريقا ولو كان الخيار للمشترى ولها ابن عند المشترى لا تكره الاجازة بلا اشكال لان الاجازة لا تكون تفريقا بل تكون جمعا (وأما) الفسخ فكذلك لا يكره أيضا (اما) على أصل أبى حنيفة رحمه الله فلا يشكل أيضا لان الجارية لم تدخل فى ملك المشترى لان خيار المشترى يمنع دخول السلعة فى ملكه على أصله فلم يقع الفسخ تفريقا لانعدام الاجتماع فى ملكه (واما) عندهما فالجارية وان دخلت فى ملكه لكن الفسخ حقه فالاجبار

على الاجازة ابطال لحقه وهذا لا يجوز فكان له أن يفسخ والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يملكهما على الكمال فان ملك من كل واحد منهما شقصا منه لم يكره أن يبيع نصيبه من أحدهما دون الآخر لان البيع ههنا لا يقع تفريقا مطلقا لحصول التفريق قبله من وجه فلا يدخل تحت النهى عن التفريق على الاطلاق (ومنها) أن يكون كل واحد منهما محلا للبيع عند البيع فان خرج أحدهما عن محلية البيع بالتدبير أو الاستيلاد فلا بأس من بيع الآخر وان كان فيه تفريق لانه تعذر عليه بيعهما جميعا فلو منع عن بيع الآخر لتضرر به المالك وكراهة التفريق شرعا لدفع ضرر زائد فلا يجوز دفعه بالحاق ضرر فوقه بالمالك (ومنها) ان لا يتعلق بأحدهما حق فان تعلق بان لحق أحدهما دين بان استهلك مال انسان أو جنى جناية على بنى آدم أو اشتراهما رجل فوجد بأحدهما عيبا لم يكره التفريق بل يباع بالدين و يدفع بالجناية و يرد بالعيب لان فى المنع من التفريق دفع ضرر زائد بضرر أقوى منه وهو ابطال الحق وهذا لا يجوز و روى عن أبى حنيفة رحمه الله انه اذا جنى أحدهما يستحب للمالك أن يفدى لما فيه من مراعاة الحقين ودفع الضرر من الجانبين وانه حسن عقلا وشرعا و روى عن أبى يوسف انه اذا اشتراهما رجل فوجد بأحدهما عيبا يردهما جميعا أو يمسكهما وليس له أن يرد المعيب خاصة لان رده خاصة تفريق وانه اضرار فصار كما اذا اشترى مصراعى باب أو زوجى خف أو نعل ثم وجد بأحدهما عيبا انه ليس له أن يرد المعيب خاصة لكونه اضرارا بالبائع خاصة كذا هذا (ومنها) أن يكون مالكهما مسلما فان كان كافرا لا يكره التفريق وسواء كان المالك حرا أو مكاتبا أو مأذونا عليه دين أو لا دين عليه صغيرا أو كبيرا وسواء كان المملوكان مسلمين أو كافرين أو أحدهما مسلما والآخر كافرا لان ماذكرنا من الدلائل الموجبة لكراهة التفريق من النصوص والمعقول لا يوجب الفصل ولو دخل حربى دار الاسلام بامان ومعه عبدان صغيران أو أحدهما صغير والآخر كبير وهما ذوا رحم محرم أو اشتراهما فى دار الاسلام من صاحبه الذى دخل معه بامان فأراد أن يبيع أحدهما فلا بأس للمسلم أن يشتريه ولو اشتراهما من مسلم فى دار الاسلام أو ذمى أو حربى دخل بأمان من ولاية أخرى لا من ولايته يكره للمسلم أن يشترى أحدهما (ووجه) الفرق ان الضرورة دفعت الكراهة فى الفصل الاول لانه لو لم يشتر لادخلهما دار الحرب فيصير عونا لهم على المسلمين وهذه الضرورة تنعدم فى هذا الفصل لانه يجبر على بيعهما ولا يمكن من الحاقهما بدار الحرب فلم تتحقق الضرورة (ومنها) أن لا يرضيا بالتفريق فان رضيا لا يكره بان كان الصبى مراهقا و رضى بالبيع و رضيت أمه فبيع برضاهما لان كراهة التفريق لمكان الضرر فاذا رضيا به علم انه لا ضرر فلا يكره والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا اجتمع مع الصغير فى ملك شخص واحد قريب واحد هو ذو رحم محرم منه فاما اذا كان معه عدد من الاقارب كل واحد ذو رحم محرم من الصغير فلا يخلو اما ان كانا أبوين أو غيرهما من ذوى الارحام فان كانا أبوين يكره التفريق بينه و بين أحدهما بلا خلاف وان كانا ممن سواهما من ذوى الرحم المحرم فاما ان كان أحدهما أقرب من الصغير والآخر أبعد منه واما ان كانا فى القرب منه على السواء فان كان أحدهما أقرب لا بأس بالتفريق بين الصغير و بين الابعد منهما لان شفقة الاقرب تغنى عن شفقة الابعد فلم يكن التفريق اضرارا بالصغير سواء اتفقت قرابة الكبيرين كالاب مع الجد والام مع الجدة أو الخالة أو الخال أو اختلفت كالام مع العمة أو العم و روى عن أبى يوسف انه يكره التفريق بينه و بين أحدهما كيف ما كان لان كل واحد منهما له شفقة على الصغير وتزول بالتفريق وان كان الكبيران فى القرب من الصغير شرعا سواء ينظر ان اتفقت جهة قرابتهما كالعمتين والخالتين والاخوين لاب وأم أو لاب أو لام فالقياس أن يكره التفريق بين الصغيرين و بين أحدهما وكذا روى عن أبى يوسف وفى الاستحسان لا يكره اذا بقى مع الصغير قريب واحد لان لكل واحد منهما شفقة على حدة على الصغير فلا تقوم شفقة أحدهما مقام الآخر وكذا قد يختص أحدهما بزيادة شفقة ليست فى الآخر فكان التفريق اضرارا بتفويت شفقته من حيث الاصل أو من حيث القدر فيكره (وجه) الاستحسان ان كراهة التفريق للاضرار بالصغير بتفويت النظر وعند اتحاد جهة القرابة والتساوى فى القرب من الصغير كان معنى

النظر حاصلا ببقاء أحدهما بخلاف ما اذا اختلفت الجهة لان عند اختلاف جهة القرابة تختلف الشفقة فيحصل من كل واحد منهما ما لا يحصل بالآخر فكان التفريق اضرارا وكذلك لو ملك ستة أخوة أو ستة أخوات ثلاثة منهم كبار وثلاثة صغار لا بأس ببيع كل صغير مع كل كبير لما قلنا ولو كان مع الصغير أبوان حكما بان ادعياه حتى ثبت نسبه منهما ثم اجتمعوا فى ملك شخص واحد فالقياس أن لا يكره بيع أحدهما لاتحاد جهة القرابة وهى قرابة الابوة كالعمين والخالين ونحو ذلك وفى الاستحسان يكره لان أباه أحدهما حقيقة فكان الثابت قرابة أحدهما حقيقة الا انا حكمنا بثبات نسبه منهما لاستوائهما فى الدعوة ولكن الاب فى الحقيقة أحدهما فلو باع أحدهما لاحتمل انه باع الاب فيتحقق التفريق بخلاف ما اذا كان للصغير أب وأم حيث يكره بيع أحدهما لان قرابة كل واحد منهما متحققة فكان البيع تفريقا بين الصغير وبين أحد أبويه بيقين فيكره وان اختلفت جهة قرابة الكبيرين كالعمة مع الخالة والعم مع الخال والاخ لاب مع الاخ لام وما أشبه ذلك يكره التفريق لان من يدلى بقرابة الاب الى الصغير يقوم مقام الاب والذى يدلى اليه بقرابة الام يقوم مقام الام فصار كما لو كان مع الصغير أبا وأما ولو كان كذلك يكره التفريق كذا هذا امرأة سبيت وفى حجرها بنت صغيرة وقعتا فى سهم رجل واحد والمرأة تزعم انها بنتها يكره التفريق بينهما وان كان لا يثبت نسبها بمجرد دعواها فى سائر الاحكام لان الأخبار فى كراهة التفريق وردت فى حق السبايا ولا يظهر كون الصغير ولد المسبية الا بقولها فيدل على قبول قولها فى حق كراهة التفريق ولان هذا من باب الديانة وقول المرأة الواحدة فى الديانات مقبول خصوصا فيما يسلك فيه طريق الاحتياط ولو كبرت الصغيرة فى يد السابى وقد كان وطئ الكبيرة ولم يعلم من المرأة المسبية ارضاع الصغيرة لا ينبغى له أن يقرب البنت وان لم يثبت نسبها منها بدعوتها لاحتمال انها بنتها من النسب أو الرضاع فلا يقربها احتياطا ولكن لا يمنع من قربانها فى الحكم لان قول المرأة الواحدة فى حقوق العباد غير مقبول وان لم تكن الصغيرة فى حجرها وقت السبى فلا بأس بالتفريق والجمع بينهما فى الوطء لانه اذا لم تكن فى حجرها عند السبى فلا دليل على كونها ولدها فى حق الحكم فلا يقبل قولها أصلا ولو ادعى رجل من السبايا صغيرا أو صغيرة انه ولده قبل قوله ويثبت نسبه منه سواء كان قبل الاحراز بدار الاسلام أو بعده بعد ان يكون قبل القسمة أو قبل الدخول فى ملك خاص بالبيع وغيره لان دعوى الرجل صحيحة ألا ترى انه يثبت نسبه منه فيظهر فى حق كراهة التفريق سواء كان الولد وقت السبى فى يده أو لم يكن بخلاف دعوة المرأة وكذلك لو ادعت المرأة ان الولد معها من هذا الرجل وهو زوجها وصدقها تثبت بينهما الزوجية بتصادقهما ويثبت نسب الولد منهما ويكره التفريق بين الصغير وبين أحدهما لانه ولدهما باقرارهما ولو ادعى واحد من الغانمين ولدا صغيرا من السبى انه ولده قبل القسمة أو البيع صحت دعوته ويكون ولده ثم ينظر ان كان معه علامة الاسلام كان مسلما ولا يسترق وان لم يكن معه علامة الاسلام يثبت نسبه من المدعى ولكنه يسترق لان دعوته وان صحت فى حق ثبات النسب واستندت الى وقت العلوق لكنها لم تصح ولم تستند فى حق الاسترقاق لان فيه ابطال حق الغانمين فلا يصدق فى ابطال حق الغير ويجوز أن يصدق الانسان فى اقراره فى حق نفسه ولا يصدق فى حق غيره اذا تضمن ابطال حق الغير كمن أقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه صح الشراء وعتق عليه وكذا لو اشتراه ثم أقر بحريته صح اقراره فى حقه حتى يعتق عليه ولا يصح فى حق بائعه حتى لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه ولهذا نظائر والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما ما يحصل به التفريق فهو التمليك بالبيع لانه تنقطع به منفعة الانس والشفقة وكذا القسمة فى الميراث والغنائم لان القسمة لا تخلو عن معنى التمليك خصوصا فيما لا مثل له فيحصل بها التفريق فيكره ولا بأس أن يعتق أحدهما أو يكاتبه لان الاعتاق ليس بتمليك بل هو ازالة الملك أو انهاؤه فلا يتحقق به التفريق لانه اذا أعتق يمكنه الاستئناس بصاحبه والاحسان اليه فلم يكن الاعتاق تفريقا وكذلك الكتابة لان المكاتب حر يداً فلا تنقطع بها منفعة الانس ونحو ذلك فلا يكون تفريقا والله عز وجل أعلم ولئن كان تفريقاً فيقع الاعتاق فوق ضرر التفريق فلا

يكون ضررا معنى ولو باع أحدهما نسمة للعتق يكره عند أبى حنيفة وعند محمد لا يكره (وجه) قوله ان الوفاء بالوعد من مكارم الاخلاق فالظاهر من حالة المشترى انجاز ما وعد فيخرج التفريق من أن يكون ضررا لانه يقابله نفع أعظم منه وهو العتق (وجه) قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان العتق ليس بمشروط فى البيع ولو كان مشروطا لاوجب فساد البيع فبقى قصد الاعتاق وتنفيذ هذا القصد ليس بلازم فبقى البيع تفريقاً فيكره حتى لو كان قال المشترى ان اشتريته فهو حر ثم اشتراه قالوا لا يكره بالاجماع لانه يعتق بعد الشراء لامحالة فيخرج البيع من أن يكون ضرراً

﴿ فصل ﴾ وأما صفة البيع الذى يحصل به التفريق انه جائز أم لا فقد اختلف العلماء فيه فقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله البيع جائز مفيد للحكم بنفسه لكنه مكروه والبائع بالتفريق آثم وقال أبو يوسف رحمه الله البيع فاسد فى الوالدين والمولودين وفى سائر ذوى الارحام جائز وقال الشافعى رحمه الله البيع باطل فى الكل واحتج بما روينا من الاحاديث الواردة للنهى عن التفريق أو ما يجرى مجرى النهى والبيع تفريق فكان منهياً والنهى لا يصلح سبباً لثبوت الملك كسائر البياعات التى ورد النهى عنها على أصله فابو يوسف انما خص البيع فى الوالدين والمولودين بالفساد لورود الشرع بتغليظ الوعيد بالتفريق فيهم وهو ما روينا ولهما ان قوله تعالى وأحل الله البيع ونحوه من نصوص البيع يقتضى شرعية البيع على العموم والاطلاق فمن ادعى التخصيص أو التقييد فعليه الدليل وأما الاحاديث فهى محمولة على النهى عن غير البيع وهو الاضرار فلا يخرج البيع عن أن يكون مشروعا كالنهى عن البيع وقت النداء وانما حملناه على غير البيع اما حملا لخبر الواحد على موافقة الكتاب الكريم واما لان النهى لا يرد عما عرف حسنه عقلا على ما عرف (ومنها) البيع وقت النداء وهو أذان الجمعة لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع أمر بترك البيع عند النداء نهيا عن البيع لكن لغيره وهو ترك السعى فكان البيع فى ذاته مشروعا جائزا لكنه يكره لانه اتصل به غير مشروع وهو ترك السعى (ومنها) بيع الحاضر للبادى وهو أن يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما الالاهل البادية بثمن غال لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ولو باع جاز البيع لان النهى لمعنى فى غير البيع وهو الاضرار باهل المصر فلا يوجب فساد البيع كالبيع وقت النداء وهذا اذا كان ذلك يضر باهل البلد بان كان أهله فى قحط من الطعام والعلف فان كانوا فى خصب وسعة فلا بأس به لانعدام الضرر (ومنها) بيع متلقى السلع واختلف فى تفسيره قال بعضهم هو أن يسمع واحد خبر قدوم قافلة بميرة عظيمة فيتلقاهم الرجل ويشترى جميع ما معهم من الميرة ويدخل المصر فيبيع على ما يشاء من الثمن وهذا الشراء مكروه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تتلقوا السلع حتى تسبط الاسواق وهذا اذا كان يضر بأهل البلد بان كان أهله فى جدب وقحط فان كان لا يضرهم لا بأس وقال بعضهم تفسيره هو أن يتلقاهم فيشترى منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون سعر البلد وهذا أيضا مكروه سواء تضرر به أهل البلد أم لا لانه غرهم والشراء جائز فى الصورتين جميعا لان البيع مشروع فى ذاته والنهى فى غيره وهو الاضرار بالعامة على التفسير الاول وتغرير أصحاب السلع على التفسير الثانى (ومنها) بيع المستام على سوم أخيه وهو أن يساوم الرجلان فطلب البائع بسلعته ثمنا ورضى المشترى بذلك الثمن فجاء مشتر آخر ودخل على سوم الاول فاشتراه بزيادة أو بذلك الثمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه وروى لا يسوم الرجل على سوم أخيه والنهى لمعنى فى غير البيع وهو الايذاء فكان نفس البيع مشروعا فيجوز شراؤه ولكنه يكره وهذا اذا جنح البائع للبيع بالثمن الذى طلبه المشترى الاول فان كان لم يجنح له فلا بأس للثانى أن يشتريه لان هذا ليس استياما على سوم أخيه فلا يدخل تحت النهى ولانعدام معنى الايذاء أيضا بل هو بيع من يزيد وانه ليس بمكروه لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا له ببيع من يزيد وما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ليبيع بيعا مكروها وكذا فى النكاح اذا خطب رجل امرأة وركن قلبها

اليه

اليه يكره لغيره أن يخطبها المار و يناوان لم يركن فلا بأس به (ومنها) بيع السلاح من أهل الفتنة وفى عساكرهم لان بيعه منهم من باب الاعانة على الاثم والعدوان وانه منهى ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح منهم كالحديد وغيره لانه ليس معد اللقتال فلا يتحقق معنى الاعانة ونظيره بيع الخشب الذى يصلح لاتخاذ المزمار فانه لا يكره وان كره بيع المزامير (وأما) ما يكره مما يتصل بالبيوع (فنها) الاحتكار وقد ذكرنا جملة الكلام فيه فى باب الكراهية والحاقه بهذا الموضع أولى (ومنها) النجش وهو ان يمدح السلعة و يطلبها بثمن ثم لا يشتريه بنفسه ولكن ليسمع غيره فيزيد فى ثمنه وانه مكروه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن النجش ولانه احتيال للاضرار بأخيه المسلم وهذا اذا كان المشترى يطلب السلعة من صاحبها بمثل ثمنها فاما اذا كان يطلبها بأقل من ثمنها فنجش رجل سلعة حتى تبلغ الى ثمنها فهذا ليس بمكروه وان كان الناجش لا يريد شراءها والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم البيع فلا يمكن الوقوف عليه الا بعد الوقوف على تسمية البياعات فى حق الحكم فنقول و بالله التوفيق البيع فى حق الحكم لا يخلو اما أن يكون صحيحا واما أن يكون فاسدا واما أن يكون باطلا واما أن يكون موقوفا والصحيح لا يخلو اما أن يكون فيه خيار أولا خيار فيه اما البيع الصحيح الذى لا خيار فيه فله أحكام لكن بعضها أصل و بعضها من التوابع (اما) الحكم الاصلى فالكلام فيه فى موضعين فى بيان أصل الحكم وفى بيان صفته (اما) الاول فهو ثبوت الملك للمشترى فى المبيع وللبائع فى الثمن للحال فلا بد من معرفة المبيع والثمن لمعرفة حكم البيع والاحكام المتعلقة بهما فيقع الكلام فى موضعين أحدهما فى تفسير المبيع والثمن والثانى فى بيان الاحكام المتعلقة بهما (اما) اما الاول فنقول ولا قوة الا بالله تعالى المبيع والثمن على أصل أصحابنا من الاسماء المتباينة الواقعة على معان مختلفة فالمبيع فى الاصل اسم لما يتعين بالتعيين والثمن فى الاصل ما لا يتعين بالتعيين وان احتمل تغير هذا الاصل بعارض بان يكون ما لا يحتمل التعيين مبيعا كالمسلم فيه وما يحتمله ثمنا كرأس مال السلم اذا كان عينا على ما نذكره ان شاء الله تعالى (وأما) على أصل زفر رحمه الله وهو قول الشافعى رحمه الله فالمبيع والثمن من الاسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد وانما يتميز أحدهما عن الآخر فى الاحكام بحرف الباء واذا عرف هذا فالدراهم والدنانير على أصل أصحابنا أثمان لا تتعين فى عقود المعاوضات فى حق الاستحقاق وان عينت حتى لو قال بعت منك هذا الثوب بهذه الدراهم او بهذه الدنانير كان للمشترى أن يمسك المشار اليه و يرد مثله ولكنها تتعين فى حق ضمان الجنس والنوع والصفة والقدر حتى يجب عليه رد مثل المشار اليه جنسا ونوعا وقدرا وصفة ولو هلك المشار اليه لا يبطل العقد وعلى أصلهما يتعين حتى يستحق البائع على المشترى الدراهم المشار اليها كما فى سائر الاعيان المشار اليها ولو هلك قبل القبض يبطل العقد كما لو هلك سائر الاعيان (وجه) قولهما ان المبيع والثمن يستعملان استعمالا واحدا قال الله تعالى ولا تشتروا بآياتى ثمنا قليلا سمى سبحانه وتعالى المشترى وهو المبيع ثمنا دل على ان الثمن مبيع والمبيع ثمن ولهذا جاز أن يذكر الشراء بمعنى البيع يقال شريت الشئ بمعنى بعته قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم أى و باعوه ولان ثمن الشئ قيمته وقيمة الشئ ما يقوم مقامه ولهذا سمى قيمة لقيامه مقام غيره والثمن والمثمن كل واحد منهما يقوم مقام صاحبه فكان كل واحد منهما ثمنا ومبيعا دل انه لا فرق بين الثمن والمبيع فى اللغة والمبيع يحتمل التعين بالتعيين فكذا الثمن اذ هو مبيع على ما بينا (ولنا) ان الثمن فى اللغة اسم لما فى الذمة هكذا نقل عن الفراء وهو امام فى اللغة ولان أحدهما يسمى ثمنا والآخر مبيعا فى عرف اللغة والشرع واختلاف الاسامى دليل اختلاف المعانى فى الاصل الا انه يستعمل أحدهما مكان صاحبه توسعا لان كل واحد منهما يقابل صاحبه فيطلق اسم أحدهما على الآخر لوجود معنى المقابلة كما يسمى جزاء السيئة سيئة وجزاء الاعتداء اعتداء (فاما) الحقيقة فما ذكرنا واذا كان الثمن اسما لما فى الذمة لم يكن محتملا للتعيين بالاشارة فلم يصح التعيين حقيقة فى حق استحقاق العين فجعل كناية عن بيان الجنس المشار اليه ونوعه وصفته وقدره تصحيحا لتصرف العاقل بقدر الامكان ولان التعيين غير مفيد لان كل عوض يطلب من المعين فى المعاوضات يمكن استيفاؤه من

مثله فلم يكن التعيين فى حق استحقاق العين مفيدا فيلغو فى حقه و يعتبر فى بيان حق الجنس والنوع والصفة والقدر لان التعيين فى حقه مفيد ثم الدراهم والدنانير عندنا أثمان على كل حال أى شئ كان فى مقابلتها وسواء دخله حرف الباء فيهما أو فيما يقابلهما لانها لا تتعين بالتعيين بحال فكانت أثمانا على كل حال (وأما) ماسواهما من الاموال فان كان مما لا مثل له من العدديات المتفاوتة والذرعيات فهو مبيع على كل حال لانها تتعين بالتعيين بل لا يجوز بيعها الا عينا الا الثياب الموصوفة المؤجلة سلما فانها تثبت دينا فى الذمة مبيعة بطريق السلم استحسانا بخلاف القياس لحاجة الناس الى السلم فيها وكذا الموصوف المؤجل فيها لا بطريق السلم يثبت دينا فى الذمة ثمنا استحسانا وان كان مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فان كان فى مقابلة المكيل أو الموزون دراهم أو دنانير فهو مبيع وان كان فى مقابلته مالا مثل له من الاعيان التى ذكرنا فانه ينظر ان كان المكيل أو الموزون معينا فهو مبيع وان لم يكن معينا يحكم فيه حرف الباء فما دخله فهو ثمن والآخر مبيع وان كان أحدهما معينا والآخر موصوفا أو كان كل واحد منهما موصوفا فانه يحكم فيه حرف الباء فما صحبه فهو الثمن والآخر المبيع (وأما) الفلوس الرائجة فان قوبلت بخلاف جنسها فهى أثمان وكذا ان قوبلت بجنسها متساوية فى العدد وان قوبلت بجنسها متفاضلة فى العدد فهى مبيعة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد هى أثمان على كل حال والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يتعلق بهما من الاحكام (فمنها) انه لا يجوز التصرف فى المبيع المنقول قبل القبض بالاجماع وفى العقار اختلاف و يجوز التصرف فى الأثمان قبل القبض الا الصرف والسلم وقال الشافعى رحمه الله ان كان الثمن عينا لا يجوز التصرف فيها قبل القبض وهذا على أصله مستقيم لان الثمن والمبيع عنده من الاسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد فكان كل واحد منهما مبيعا ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض وان كان دينا فله فيه قولان فى قول لا يجوز أيضا لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع مالم يقبض فيتناول العين والدين (ولنا) ماروى عن عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما انه قال يارسول الله انا نبيع الابل بالبقيع ونأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فقال عليه الصلاة والسلام لا بأس اذا كان بسعر يومهما وافترقتما وليس بينكما شئ وهذا نص على جواز الاستبدال من ثمن المبيع ولان قبض الدين بقبض العين لان قبض نفس الدين لا يتصور لانه عبارة عن مال حكمى فى الذمة أو عبارة عن الفعل وكل ذلك لا يتصور فيه قبضه حقيقة فكان قبضه بقبض بدله وهو قبض الدين فتصير العين المقبوضة مضمونة على القابض وفى ذمة المقبوض منه مثلها فى المالية فيلتقيان قصاصا هذا هو طريق قبض الديون وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين أن يكون المقبوض من جنس ما عليه أو من خلاف جنسه لان المقاصة انما تتحقق بالمعنى وهو المالية والاموال كلها فى معنى المالية جنس واحد وبه تبين ان المراد من الحديث العين لا الدين لان النهى عن بيع مالم يقبض يقتضى أن يكون المبيع شيأ يحتمل القبض ونفس الدين لا يحتمل القبض على ما بينا فلا يتناوله النهى بخلاف السلم والصرف (اما) الصرف فلان كل واحد من بدلى الصرف مبيع من وجه وثمن من وجه لان البيع لابد له من مبيع اذ هو من الاسماء الاضافية وليس أحدهما بجعله مبيعا أولى من الآخر فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه فمن حيث هو ثمن يجوز التصرف فيه قبل القبض كسائر الأثمان ومن حيث هو مبيع لا يجوز فرجحنا جانب الحرمة احتياطا (وأما) المسلم فيه فلانه مبيع بالنص والاستبدال بالمبيع المنقول قبل القبض لا يجوز و رأس المال الحق بالمبيع العين فى حق حرمة الاستبدال شرعا فمن ادعى الالحاق فى سائر الاموال فعليه الدليل وكذا يجوز التصرف فى القرض قبل القبض وذكر الطحاوى رحمه الله انه لا يجوز وفرق بين القرض وسائر الديون (ووجه) الفرق له ان الاقراض اعارة لا مبادلة ألا ترى انه لا يلزم الاجل فيه كما فى العارية ولو كان مبادلة للزم فيه الاجل وكذا لا يملكه الاب والوصى والمكاتب والمأذون وهؤلاء يملكون المبادلة ولانه لو جعل مبادلة لما جاز لانه يتمكن فيه الربا وهو فضل العين على الدين دل انه اعارة والواجب فى العارية رد العين وأنه لا يحصل بالاستبدال (وجه) ظاهر الرواية ان الاقراض فى الحقيقة مبادلة الشئ بمثله فان

الواجب على المستقرض مثل ما استقرض دينا فى ذمته لا عينه فكان محتملا للاستبدال كسائر الديون ولهذا اختص جوازه بماله مثل من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة دل ان الواجب على المستقرض تسليم مثل ما استقرض لا تسليم عينه الا أنه أقيم تسليم المثل فيه مقام تسليم العين كأنه انتفع بالعين مدة ثم ردها اليه فاشبه دين الاستهلاك وغيره والله عز وجل أعلم (ومنها) أنه لا يجوز بيع ما ليس عند البائع الا السلم خاصة لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان و رخص فى السلم و يجوز الشراء بثمن ليس عند المشترى لما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودى طعاما بثمن ليس عنده و رهنه درعه وعلى هذا يخرج ما اذا قال اشتريت منك هذه الحنطة بدرهم أو دينار الى شهر أو قال اشتريت منك درهما أو دينارا الى شهر بهذه الحنطة أنه يجوز لما ذكرنا ان الدراهم والدنانير أثمان على كل حال فكان ما يقابلها مبيعا فيكون مشتريا بثمن ليس عنده وأنه جائز ولو قال بعت منك قفيز حنطة بهذا الدرهم أو بهذا الدينار و وصف الحنطة لكنه لم يذكر شرائط السلم أو قال بعت منك هذا الدرهم أو هذا الدينار بقفيز من حنطة و وصفها ولم يذكر شرائط السلم لا يجوز لان الدراهم والدنانير أثمان بأى شىء قوبلت فكان ما فى مقابلتها مبيعا فيكون بائعا ما ليس عنده ولا يجوز بيع ما ليس عند الانسان الا السلم خاصة ولم يذكر شرائط السلم فلو ذكر فى هذا البيع شرائط السلم جاز عند أصحابنا الثلاثة وان لم يذكر لفظ السلم وعند زفر لا يجوز ما لم يذكر لفظ السلم والصحيح قولنا لما ذكرنا ان السلم نوع بيع الا أنه بيع اختص بشرائط فاذا أتى بها فقد أتى بالسلم وان لم يتلفظ به ولو تصارفا دينارا بدينار أو عشرة دراهم بعشرة دراهم أو دينارا بعشرة بغير أعيانها وليس عندهما شىء من ذلك فاستقرضا فى المجلس ثم تقابضا وافترقا جاز لان الدراهم والدنانير أثمان على كل حال فكان كل واحد منهما مشتريا بثمن ليس عنده لا بائعا وانه جائز الا أنه لا بد من التقابض لانه صرف ولو تبايعا تبرا بتبر بغير أعيانهما وليس عندهما شىء من ذلك ثم استقرضا قبل الافتراق فتقابضا ثم افترقا ففيه روايتان ذكر فى الصرف أنه يجوز وجعله بمنزلة الدراهم والدنانير المضروبة وذكر فى المضاربة وجعله بمنزلة العروض حيث قال لا تجوز المضاربة فعلى هذه الرواية لا يجوز البيع و يحتمل ان يوفق بين الروايتين بأن تحمل رواية كتاب الصرف على موضع يروج التبر فيه رواج الدراهم والدنانير المضروبة و رواية كتاب المضاربة على موضع لا يروج رواجها وعلى هذا يخرج ما اذا قال بعت منك هذا العبد بكذا كر حنطة ووصفها أنه يجوز لانه جعل الحنطة الموصوفة ثمنا حيث أدخل فيها حرف الباء فيكون الآخر مبيعا فكان هذا بيع العبد بحنطة موصوفة فى الذمة فيجوز ولو قال اشتريت منك كذا كر حنطة ووصفها بهذا العبد لا يجوز الا بطريق السلم لانه جعل العبد ثمنا بدلالة حرف الباء فكانت الحنطة مبيعة فكان بائعا ما ليس عنده فلا يجوز الا بشرائط السلم من الاجل و بيان مكان الايفاء وقبض رأس المال ونحو ذلك عندنا وعند زفر لا يجوز ما لم يذكر لفظ السلم على ما مر وعلى هذا يخرج ما اذا قال بعت منك هذه الحنطة على انها قفيز بقفيز حنطة ووصفها أو قال بعت منك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيزى شعير ووصفهما ان البيع جائز لانه جعل العين منهما مبيعا والدين الموصوف فى الذمة ثمنا بادخال حرف الباء عليه فيجوز لكن قبض الدين منهما قبل الافتراق بشرط لان من شرط جواز البيع أن يكون الافتراق فيه عن عين بعين وذلك بقبض الدين منهما لان الدين لا يتعين الا بالقبض ولو قبض الدين منهما ثم افترقا عن المجلس قبل قبض العين جاز لانهما افترقا عن عين بعين ولو قال اشتريت منك قفيز حنطة و وصفها بهذا القفيز من الحنطة أو قال اشتريت منك قفيزى شعير و وصفهما بهذه الحنطة على أنها قفيز لا يجوز وان أحضر الموصوف فى المجلس لانه جعل الموصوف منهما مبيعا والآخر ثمنا بقرينة حرف الباء فيكون بائعا ما ليس عنده و بيع ما ليس عند الانسان لا يكون الا بطريق السلم ولا سبيل الى تجويزه سلما لان اسلام المكيل فى المكيل لا يجوز ولو تبايعا مكيلا موصوفا بمكيل موصوف أو موزونا موصوفا بموزون موصوف مما يتعين بالتعيين بأن قال بعت منك قفيز حنطة ووصفها بقفيز حنطة و وصفها أو بقفيزى شعير ووصفهما أو قال بعت منك منا من سكر ووصفه بمن سكر و وصفه وليس

عندهما شيء من ذلك ثم استقرضا وتقابضا ثم افترقا لا يجوز البيع لان الذي صحبه منهما حرف الباء يكون ثمنا والآخر مبيعاً فيكون بائعا ما ليس عنده فلا يجوز الا سلما والسلم في مثله لا يجوز لانه اسلام المكيل في المكيل واسلام الموزون الذي يتعين في الموزون الذي يتعين وكل ذلك لا يجوز والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج الشراء بالدين ممن عليه الدين شيأ بعينه أو بغير عينه قبضه أو لم يقبضه وجملة الكلام فيه ان الدين لا يخلو من أن يكون دراهم أو دنانير أو فلوساً أو مكيلا أو موزونا أو قيمة المستهلك فان كان دراهم أو دنانير فاشترى به شيأ بعينه جاز الشراء وقبض المشترى ليس بشرط لانه يكون افتراقا عن عين بدين وأنه جائز فيما لا يتضمن ربا النساء ولا يتضمن ههنا وكذلك ان كان الدين مكيلا أو موزونا أو قيمة المستهلك لما قلنا ولو اشترى بدينه وهو دراهم شيأ بغير عينه بأن اشترى بها دينارا أو فلوسا أو هو فلوس فاشترى بها دراهم أو دنانير أو فلوسا جاز الشراء لكن يشترط قبض المشترى في المجلس حتى لا يحصل الافتراق عن دين بدين لان المشترى لا يتعين الا بالقبض ولو كان دينه دراهم أو دنانير أو فلوسا فاشترى بها مكيلا موصوفا أو موزونا موصوفا أو ثيابا موصوفة مؤجلة لم يجز الشراء لان الدراهم والدنانير أثمان على كل حال وكذا الفلوس عند المقابلة بخلاف جنسها فلم تكن مبيعة فكان الآخر مبيعا بائعا ما ليس عند الانسان ولا يجوز بيع ما ليس عند الانسان الا بطريق السلم ولا سبيل الى تجويزه بطريق السلم لان رأس المال دين بخلاف الفصل الاول لان كل واحد منهما ثمنا فكان مشتريا بثمن ليس عنده وأنه جائز لكن لا بد من التسليم كيلا يكون الافتراق عن دين بدين وان كان الدين مكيلا أو موزونا فباعه بدراهم أو بدنانير أو بفلوس أو اشترى هذه الاشياء بدينه جاز لان الدراهم والدنانير أثمان على كل حال وكذا الفلوس عند مقابلتها بخلاف جنسها فكان من عليه الدين مشتريا بثمن ليس عنده وذلك جائز لكن يشترط القبض في المجلس لئلا يؤدى الى الافتراق عن دين بدين ولو اشترى بالدين الذي هو مكيل أو موزون مكيلا أو موزونا من خلاف جنسه ينظر ان جعل الدين منهما مبيعاً والآخر ثمناً بأن أدخل فيه حرف الباء وان كان بغير عينه جاز لانه يكون مشتريا بثمن ليس عنده الا ان القبض في المجلس شرط فلا يكون افتراقا عن دين بدين وان جعل الدين منهما ثمناً بأن أدخل حرف الباء فيه والآخر مبيعاً لم يجز الشراء وان أحضر في المجلس لانه بائع ما ليس عنده وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز الا بطريق السلم واذا كان رأس المال دينا لا يجوز السلم وان كان الدين قيمة المستهلك فان كان المستهلك مما له مثل فهذا والاول سواء لان الواجب باستهلاكه مثله فاذا اشترى به شيأ من خلاف جنسه فحكمه ما ذكرنا وان كان مما لا مثل له فاشترى به شيأ بعينه جاز وقبض المشترى ليس بشرط لان الواجب باستهلاكه القيمة والقيمة دراهم أو دنانير فصار مشتريا بدين الدراهم والدنانير شيأ بعينه فيجوز ولا يشترط قبض المشترى لانه يحصل الافتراق عن عين بدين ولا بأس به فيما لا يتضمن ربا النساء ولو اشترى به شيأ بغير عينه من المكيل أو الموزون ينظر ان جعل ما عليه مبيعاً وهذا ثمناً بان أدخل عليه حرف الباء يجوز الشراء لانه اشترى بثمن ليس عنده فيجوز لكن لا بد من القبض في المجلس وان جعل ما عليه ثمنا بان صحبه حرف الباء لا يجوز وان أحضر في المجلس لانه باع ما ليس عند الانسان فلا يجوز الا بطريق السلم ولا سبيل اليه لان رأس ماله دين ولو وقع الصلح عن المستهلك على الدراهم أو الدنانير وقضى به الحاكم جاز ولا يكون القبض شرطاً لان هذا ليس شراء بالدين بل هو نفس حقه ولو صالح على دراهم أو دنانير أكثر من قيمة المستهلك جاز الصلح عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يجوز بقدر القيمة والفضل على القيمة باطل وهي من مسائل الغصب نذكرها ان شاء الله تعالى ولو تبايعا عينا بفلوس باعيانها بان قال بعت منك هذا الثوب أو هذه الحنطة بهذه الفلوس جاز ولا يتعين وان عينت بالاشارة اليها حتى كان للمشترى أن يمسكها ويرد مثلها ولو هلكت قبل القبض لا يبطل البيع لانها وان لم تكن في الوضع ثمناً فقد صارت ثمنا باصطلاح الناس ومن شأن الثمن ان لا يتعين بالتعيين وكذا اذا تبايعا درهما بعينه أو دينارا بعينه بفلوس باعيانها فانها لا تتعين أيضاً كما لا تتعين الدراهم والدنانير لما قلنا الا ان القبض في المجلس ههنا شرط

بقاء العقد على الصحة حتى لو افترقا من غير تقابض أصلا يبطل العقد لحصول الافتراق عن دين بدين ولو لم يوجد القبض الا من أحد الجانبين دون الآخر فافترقا مضى العقد على الصحة لان المقبوض صار عيناً بالقبض فكان افتراقا عن عين بدين وانه جائز اذا لم يتضمن ربا النساء ولم يتضمن ههنا لانعدام القدر المتفق والجنس وكذا اذا تبايعا فلساً بعينه بفلس بعينه فالفلسان لا يتعينان وان عينا الا أن القبض في المجلس شرط حتى يبطل بترك التقابض في المجلس لكونه افتراقاً عن دين بدين ولو قبض أحد البدلين في المجلس فافترقا قبل قبض الآخر ذكر الكرخي أنه لا يبطل العقد لان اشتراط القبض من الجانبين من خصائص الصرف وهذا ليس بصرف فيكتفى فيه بالقبض من أحد الجانبين لان به يخرج عن كونه افتراقا عن دين بدين وذكر في بعض شروح مختصر الطحاوي رحمه الله أنه يبطل لا لكونه صرفاً بل لتمكن ربا النساء فيه لوجود أحد وصفي علة ربا الفضل وهو الجنس وهو الصحيح ولو تبايعا فلوساً بدراهم على أن كل واحد منهما بالخيار وتقابضا وافترقا بطل البيع لان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع صحة التقابض فيحصل الافتراق لا عن قبض أصلا فيبطل البيع ولو كان الخيار لاحدهما فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما يجوز بناء على أن شرط الخيار يعمل في الجانبين جميعا عنده وينعدم القبض من الجانبين وعندهما لا يعمل الا من جانب واحد فينعدم القبض من أحد الجانبين وهذا لا يمنع جواز العقد والاصل المحفوظ أن العقد في حق القبض على مراتب منها ما يشترط فيه التقابض وهو القبض من الجانبين وهو الصرف ومنها ما لا يشترط فيه القبض أصلا كبيع العين بالعين مما سوى الذهب والفضة وبيع العين بالدين مما لا يتضمن ربا النساء كبيع الحنطة بالدراهم ونحوها ومنها ما يشترط فيه القبض من أحد الجانبين كبيع الدراهم بالفلوس وبيع العين بالدين مما يتضمن ربا النساء كبيع المكيل بالمكيل والموزون بالموزون اذا كان الدين منهما ثمناً وبيع الدين بالعين وهو السلم ولو تبايعا فلساً بعينه بفلسين بأعيانهما جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ويتعين كل واحد منهما حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد وكذا اذا رد بالعيب أو استحق ولو أراد أحدهما أن يدفع مثله ليس له ذلك وعند محمد لا يتعين ولا يجوز البيع وقد ذكرنا المسألة مع دلائلها فيما تقدم ولو تبايعا فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما أو عين أحدهما ولم يعين الآخر لا يجوز في الرواية المشهورة عنهم وعن أبي يوسف أنه يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الفلس في هذه الحالة لا يخلو من أن يكون من العروض أو من الاثمان فان كان من العروض فالتعيين في العروض شرط الجواز ولم يوجد وان كان من الاثمان فالمساواة فيها شرط الجواز ولم يوجد ولان تجويز هذا البيع يؤدي الى ربح ما لم يضمن لان مشتري الفلسين يقبضهما وينقد أحدهما ويبقى الآخر عن غير ضمان فيكون ربح ما لم يضمن وانه منهي ولو تبايعا فلساً بفلسين وشرطا الخيار ينبغي أن يجوز على قولهما لان الفلوس في هذه الحالة كالعروض وعندهما لا يشترط فيها فلم يكن الخيار مانعاً والله عز وجل أعلم ولو اشترى شيأ بفلوس كاسدة في موضع لا تنفق فان كانت بأعيانها جاز وان لم تكن معينة لم يجز لانها في ذلك الموضع عروض والتعيين شرط الجواز في بيع العروض ومنها أن للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن اذا كان الثمن حالا وليس للمشتري أن يمتنع من تسليم الثمن الى البائع حتى يقبض المبيع اذا كان المبيع حاضرا لان البيع عقد معاوضة والمساواة في المعاوضات مطلوبة المتعاوضين عادة وحق المشتري في المبيع قد تعين بالتعيين في العقد وحق البائع في الثمن لم يتعين بالعقد لان الثمن في الذمة فلا يتعين بالتعيين الا بالقبض فيسلم الثمن أولا ليتعين فتتحقق المساواة وان كان المبيع غائباً عن حضرتهما فللمشتري أن يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع لان تقديم تسليم الثمن لتتحقق المساواة واذا كان المبيع غائبا لا تتحقق المساواة بالتقديم بل يتقدم حق البائع ويتأخر حق المشتري حيث يكون الثمن بالقبض عينا مشارا اليه والمبيع لا ولان من الجائز أن المبيع قد هلك وسقط الثمن عن المشتري فلا يؤمر بالتسليم الا بعد احضار المبيع سواء كان المبيع في ذلك المصر أو في موضع آخر بحيث تلحقه المؤنة بالاحضار فرق بين هذا وبين الرهن فان الراهن اذا

متنع من قضاء الدين لاحضار الرهن ينظر فى ذلك ان كان الرهن فى ذلك المصر بحيث لا يلحق المرتهن مؤنة فى الاحضار يؤمر باحضاره أولا كما فى البيع لجواز أن الرهن قد هلك وسقط الدين عن المرتهن بقدره وان كان فى موضع يلحقه المؤنة فى الاحضار لا يؤمر المرتهن بالاحضار أولا بل يؤمر الراهن بقضاء الدين أولا ان كان مقرا ان الرهن قائم ليس بهالك وان ادعى أنه هالك وقال المرتهن هو قائم فالقول قول المرتهن مع يمينه فاذا حلف يؤمر بقضاء الدين (ووجه) الفرق بينهما ان البيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضة على المساواة ولا تتحقق المساواة الا بالاحضار على ما مر بخلاف الرهن فانه عقد ليس بمعاوضة بل هو عقد أمانة بمنزلة عقد الوديعة كان المرهون أمانة فى يد المرتهن الا أنه اذا هلك يسقط الدين عن الراهن لا لكونه مضمونا بل لمعنى آخر على ما عرف واذا لم يكن معاوضة لم يكن الدين عوضا عن الرهن فلا يلزم تحقيق المساواة بينهما باحضار الرهن اذا كان بحيث تلحقه المؤنة بالاحضار ولو تبايعا عينا بعين سلما معا لما ذكرنا ان المساواة فى عقد المعاوضة مطلوبة للمتعاوضين عادة وتحقيق المساواة ههنا فى التسليم معا ولان تسليم المبيع مستحق وليس أحدهما بتقديم التسليم أولى من الآخر لان كل واحد منهما مبيع فيسلمان معا وكذا لو تبايعا دينا بدين سلما معا تحقيقا للمساواة التى هى مقتضى المعاوضات المطلقة ولاستواء كل واحد منهما فى استحقاق التسليم بخلاف ما اذا تبايعا عينا بدين لان الدين لا يصير عينا الا بالقبض فلا تتحقق المساواة الا بتسليمه أولا على ما بينا والله عز وجل أعلم (ومنها) ان هلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع وجملة الكلام فيه ان المبيع لا يخلو اما أن يكون أصلا واما أن يكون تبعا وهو الزوائد المتولدة من المبيع فان كان أصلا فلا يخلو اما ان هلك كله واما ان هلك بعضه ولا يخلو اما ان هلك قبل القبض واما ان هلك بعده وكل ذلك لا يخلو اما ان هلك بآفة سماوية واما ان هلك بفعل البائع أو بفعل المشترى أو بفعل أجنبى فان هلك كله قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع لانه لو بقى أوجب مطالبة المشترى بالثمن واذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع وأنه عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلا فلم يكن فى بقاء البيع فائدة فينفسخ واذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشترى لان انفساخ البيع ارتفاعه من الاصل كأن لم يكن وكذا اذا هلك بفعل المبيع بان كان حيوانا فقتل نفسه لان فعله على نفسه هدر فكانه هلك بآفة سماوية وكذا اذا هلك بفعل البائع يبطل البيع ويسقط الثمن عن المشترى عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يبطل وعلى البائع ضمان القيمة أو المثل (وجه) قوله انه أتلف مالا مملوكا للغير بغير اذنه فيجب عليه ضمان المثل أو القيمة كما لو أتلفه بعد القبض ولا فرق سوى أن المبيع قبل القبض فى يده وهذا لا يمنع وجوب الضمان كالمرتهن اذا أتلف المرهون فى يده (ولنا) ان المبيع فى يد البائع مضمون بأحد الضمانين وهو الثمن ألا ترى لو هلك فى يده سقط الثمن عن المشترى فلا يكون مضمونا بضمان آخر اذ المحل الواحد لا يقبل الضمانين بخلاف الرهن فان المضمون بالرهن على المرتهن معنى المرهون لا عينه بل عينه أمانة حتى كان كفنه ونفقته على الراهن والمضمون بالاتلاف عينه فايجاب ضمان القيمة لا يؤدى الى كون المحل الواحد مضمونا بضمانين لاختلاف محل الضمان بخلاف البيع وسواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار لان المبيع فى يد البائع مضمون بالثمن فى الحالين فيمنع كونه مضمونا بضمان آخر وان هلك بفعل المشترى لا ينفسخ البيع وعليه الثمن لانه بالاتلاف صار قابضا كل المبيع لانه لا يمكنه اتلافه الا بعد اثبات يده عليه وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن وسواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار للمشترى لان خيار المشترى لا يمنع زوال البيع عن ملك البائع بلا خلاف فلا يمنع صحة القبض فلا يمنع تقرر الثمن وان كان البيع بشرط الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا فعليه ضمان مثله ان كان مما له مثل وان كان مما لا مثل له فعليه قيمته لان خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه بلا خلاف فكان المبيع على حكم ملك البائع وملكه مضمون بالمثل أو القيمة وكذا المبيع بيعا فاسدا مضمون بالمثل أو القيمة وان هلك بفعل أجنبى فعليه ضمانه لا شك فيه لانه أتلف مالا مملوكا لغيره بغير اذنه ولا يد له عليه فيكون مضمونا عليه بالمثل أو القيمة والمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع فيعود المبيع الى ملك البائع فيتبع الجانى فيضمنه

مثله

مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمتــه ان لم يكن من ذوات الامثال وان شاء اختار البيع فاتبع الجانى بالضمان
واتبعه البائع بالثمن لان المبيع قد تعين فى ضمان البائع لانه كان عينا فصار قيمة وتعين المبيع فى ضمان البائع يوجب الخيار
ثم ان اختار الفسخ وفسخ واتبع البائع الجانى بالضمان وضمنه ينظر ان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل على الثمن
لا يطيب له الفضل لان الفضــل ربح مالم يملك لزوال المبيع عن ملــكه بنفس البيع و ربح مالم يضمن لا يطيب لنهى
النبى عليــه الصلاة والســلام عن ربح مالم يضمن ولما فيــه من شبهة الربا فربح مالم يملك اولى وان كان الضمان من
خلاف جنس الثمن طاب الفضل لان الربا لا يتحقق عنــد اختلاف الجنس وان اختار البيع واتبع الجانى بالضمان
وضمنه فان كان الضمان من جنس الثمن لا يطيب له الفضــل لانه ربح مالم يضمن فى حقــه لا ربح مالم يملك لان المبيع
ملــكه وان كان من خلاف جنسه طاب الفضل له لما قلنا ولو كان المشترى عبدا فقتله أجنبى قبل القبض فان كان
القتــل خطأ لا ينفسخ البيع وللمشــترى خيار الفسخ والبيع لما قلنا الا أن ههنا اذا اختار الفسخ وفسخ البيع اتبع
البائع عاقلة القاتل فأخذ قيمته فى ثلاث سنين وان اختار المبيع اتبع العاقلة بقيمته فى ثلاث سنين ولو كان القتــل
عمدا اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال قال أبو حنيفة عليه الرحمة ان المشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع وللبائع أن يقتص
القاتل بعبــده وان شاء اختار البيع وله أن يقتص القاتل بعبده وعليه جميع الثمن وقال أبو يوسف رحمــه الله المشترى
بالخيار ان شاء فسخ البيع ويعود المبيع الى ملك البائع وليس للبائع أن يقتص ولــكنه يأخذ من مال القاتل القيمة فى
ثلاث ســنين وان شاء اختار البيع وللمشترى أن يقتص وعليــه جميع الثمن وقال محمد لا قصاص على القاتل بحال
والمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع والبائع يأخذ القيمة من القاتل فى ثلاث سنين وان شاء اختار البيع واتبع القاتل
بالقيمة فى ثلاث سنين (وجه) قول محمد رحمه الله ان العبد لم يكن على ملك البائع وقت القتل بل كان على ملك المشترى
فلم ينعــقد السبب موجبا للقصاص للبائع وملك المشترى لم يكن مستقرا بل كان محتملا للعود الى ملك البائع بالفســخ
فلا تثبت ولاية الاقتصاص لاحدهما (وجه) قول أبى يوسف انه لا سبيل الى اثبات ولاية الاقتصاص للبائع لما قاله
محمد وهو ان القتــل صادف محلا ليس بمملوك للبائع عند القتل فاما الملك فثابت للمشترى وقت القتل وقد لزم وتقرر
باختيار المشترى فتثبت له ولاية الاستيفاء ولابى حنيفة رضى الله عنه انه أمكن القول بثبوت ولاية الاستيفاء لهما
على اعتبار اختيار الفسخ وعلى اعتبار اختيار البيع أما على اعتبار اختيار البيع فلما قاله أبو يوســف وأما على اعتبار
اختيار الفسخ فلان فسخ العــقد رفعــه من الاصــل وجعله كان لم يكن فتبين ان الجناية وردت على ملك البائع
فثبتت له ولاية الاقتصاص هــذا اذا هلك المبيع كله قبــل القبض فأما اذا هلك كله بعــد القبض فان هلك بآفة
سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى لا ينفسخ البيع والهلاك على المشترى وعليــه الثمن لان البيع تقرر بقبض
المبيع فتقرر الثمن وكذلك ان هلك بفعل أجنبى لما قلنا ويرجع المشترى على الاجنبى بضمانه ويطيب له الفضــل
لان هذا الفضل ربح ما قد ضمن وان هلك بفعل البائع ينظر ان كان المشترى قبضه باذن البائع أو بغير اذنه لــكن الثمن
منقود أو مؤجل فاستهلاكه واستهلاك الاجنبى سواء وان كان قبضه بغير اذن البائع صار مستردا للبيع بالاستهلاك
فحصل الاستهلاك فى ضمانه فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن كما لو استهلك وهو فى يده والله عز وجل أعلم هذا
اذا هلك كل المبيع قبل القبض أو بعــده فأما اذا هلك بعضه فان كان قبــل القبض وهلك بآفة سماوية ينظر ان كان
النقصان نقصان قدر بان كان مكيلا أو موزونا أو معــدودا ينفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصتــه من الثمن لان
كل قدر من المقــدرات معقود عليــه فيقابله شئ من الثمن وهلاك كل المعقود عليــه يوجب انفساخ البيع فى الكل
وسقوط كل الثمن فهلاك بعضــه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره والمشــترى بالخيار فى الباقى ان شاء
أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لان الصفقة قد تفرقت عليه وان كان النقصان نقصان وصف وهو كل ما يدخل
فى البيع من غير تسمية كالشجر والبناء فى الارض وأطراف الحيوان والجودة فى المكيل والموزون لا ينفسخ البيع

أصلا ولا يسقط عن المشتري شئ من الثمن لان الاوصاف لاحصة لها من الثمن الا اذا ورد عليها القبض أو الجناية لانها تصير مقصودة بالقبض والجناية فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتعيب المبيع قبل القبض وان هلك بفعل المبيع بان جرح نفسه لا ينفسخ البيع ولا يسقط عن المشتري شئ من الثمن لان جنايته على نفسه هدر فصار كما لو هلك بعضه بآفة سماوية وهلاك بعضه نقصان الوصف والاوصاف لا تقابل بالثمن فلا يسقط شئ من الثمن ولكن المشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع ولو كان المشتري حيوانين سوى بني آدم فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض تسقط حصته من الثمن والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن وان شاء ترك لان فعل العجماء جبار فكانه اشترى حيوانين ثم مات أحدهما قبل القبض حتف أنفه ولو كان المشتري عبدين فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض أو كانت جارية فولدت قبل القبض فكبر الولد ثم قتل أحدهما صاحبه قبل القبض فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع في الباقي و بطلت الجناية لان الفسخ اعادة الى ملك البائع فتبين ان القتل حصل في ملك البائع فبطل وان شاء أخذ القاتل منهما بجميع الثمن ولا يسقط عن المشتري شئ من الثمن لانه لو أخذه بحصته من الثمن لصار آخذا بجميع الثمن في الانتهاء فيخير في الابتداء قصرا للمسافة ان شاء أخذ الحي منهما بجميع الثمن وان شاء ترك بيان ذلك انه لو أخذ القاتل منهما بحصته من الثمن لا ينفسخ البيع في المقتول وانفساخ البيع ارتفاعه من الاصل وعوده الى ملك البائع فتبين ان عبد المشتري قتل عبد البائع فيخاطب بالدفع أو بالفداء وأيهما فعل قام مقام المقتول فيحيا المقتول معنى فيأخذه ببقية الثمن فصار في أخذ الباقي منهما بحصته من الثمن في الحال آخذا بجميع الثمن في المآل فخيرناه في الابتداء للاخذ بجميع الثمن والفسخ هذا وان هلك بفعل البائع بطل البيع بقدره و يسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن وهو قدر النقصان اعتبارا للبعض بالكل سواء كان النقصان نقصان قيمة أو نقصان وصف لان الاوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها لانها تصير أصلا بالفعل فتقابل بالثمن والمشتري بالخيار في الباقي ان شاء أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه ولو اختار المشتري الاخذ فلم يقبضه حتى مات من تلك الجناية أو من غيرها مات على البائع و يسقط الثمن عن المشتري لان المبيع انما يدخل في ضمان المشتري بالقبض ولم يوجد فان قبضه المشتري فمات من جناية البائع أو غيرها سقطت عن المشتري حصة جناية البائع ولزمه ما بقي من الثمن أما اذا مات من الجناية فلان قبض الباقي وجد من المشتري فتقرر قبضه فتقرر عليه ثمنه وكذا اذا مات من جناية البائع لان المشتري قبض الباقي حقيقة وقبض المبيع يوجب تقرر الثمن في الاصل الا اذا وجد من البائع ما ينقضه فيصير مستردا والسراية ليست فعله حقيقة وانما هي صنع الله تعالى يعني مصنوعه فبقي المقبوض على حكم قبض المشتري فتقرر عليه ثمنه ولان قبض المشتري بمنزلة انشاء العقد فيه لان للقبض شبها بالعقد وانشاء الشراء قاطع للسراية كما لو اشتراه منه بعد جنايته وقبضه ثم سرت الى النفس ومات فكذلك القبض والله عز وجل أعلم واذا هلك بفعل المشتري لا يبطل البيع ولا يسقط عنه شئ من الثمن لانه صار قابضا للكل باتلاف البعض أو لا يتمكن من اتلاف البعض الا باثبات اليد على الكل وهو تفسير القبض أو صار قابضا قدر المتلف بالاتلاف والباقي بالتعييب فتقرر عليه كل الثمن ولو مات في يد البائع بعد جناية المشتري ينظر ان مات من تلك الجناية مات على المشتري وعليه الثمن لانه لما مات من جنايته تبين ان فعله السابق وقع اتلافا للكل فتقرر عليه كل الثمن سواء منعه البائع بعد جناية المشتري أو لم يمنعه لان منع البائع بعد وجود الاتلاف من المشتري هدر وان مات من غير الجناية فان كان البائع لم يمنعه مات من مال المشتري أيضا وعليه كل الثمن لما ذكرنا انه بالجناية صار قابضا الكل المبيع ولم يوجد ما ينقض قبضه فبقي حكم ذلك القبض وان كان منعه لزم المشتري حصة ما استهلك وسقط عنه ثمن ما بقي لان البائع لما منع فقد نقض قبض المشتري في قدر القائم فصار مستردا اياه فاذا هلك فقد هلك في ضمانه فيهلك عليه ولو جنى عليه البائع ثم جنى عليه المشتري سقط عن المشتري حصة جناية

البائع لما قلنا ولزمه ثمن ما بقى لانه صار راضيا بالباقى بجنايته فتقرر عليه ثمنه لان جنايته دليل الرضا بتعييب البائع فان ابتدأ المشترى بالجناية ثم جنى البائع قبل قبض الثمن فان برأ العبد من الجنايتين فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه وسقطت عنه حصة جناية البائع من الثمن وان شاء ترك لان المشترى صار قابضا بالجناية لكن الجناية فيه قبض بغير اذن البائع والثمن غير منقود فلما جنى عليه البائع فقد استرد ذلك القدر فحصلت جنايته تعييبا للمبيع وحدوث العيب فى المبيع قبل القبض يوجب الخيار فان شاء فسخ وان شاء ترك وعليه ثلاثة أرباع الثمن وسقطت عنه جناية البائع من الثمن وهو الربع لان النصف هلك بجناية المشترى فتقرر عليه الثمن وربع منه قائم فيأخذه بثمنه أيضا والربع هلك بجناية البائع قبل القبض فيسقط عنه ثمنه وان مات العبد فى يد البائع بعد الجنايتين بأن كان المشترى قطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم مات فى يد البائع من الجنايتين فعلى المشترى خمسة أثمان الثمن وسقط عنه ثلاثة أثمان الثمن لان المشترى لما قطع يده فقد تقرر عليه نصف الثمن لانه صار قابضا بالقطع ولما قطع البائع رجله فقد استرد نصف القائم من العبد وهو الربع فبقى هناك ربع قائم من العبد فاذا سرت الجناية فقد هلك ذلك الربع من سراية الجنايتين فينقسم ذلك الربع بينهما نصفين فانكسر الحساب بالارباع فيجعل كل سهم أربعة فيصير ثمانية فلذلك جعلنا الحساب من ثمانية فهلك بجناية المشترى النصف وهو أربعة وبسراية جنايته سهم فيتقرر عليهم ثمنه فذلك خمسة أثمان الثمن وهلك بجناية البائع سهمان وبسراية جنايته سهم فذلك ثلاثة أثمان الثمن يسقط عنه لان هلاك هذا القدر يسقط عنه والله عز وجل أعلم هذا اذا جنى المشترى أولا ثم جنى البائع فبرأت الجراحة أو سرت (فأما) اذا جنى البائع أولا ثم المشترى فان برأ العبد فلا خيار للمشترى ههنا لما ذكرنا ان اقدامه على الجناية بعد جناية البائع دليل الرضا بتعييبه فبطل خياره ويلزمه ثمن ما بقى لانه صار قابضا لما بقى وان مات العبد من الجنايتين فالجواب ههنا على القلب من الجواب فى المسئلة المتقدمة وهو ان على المشترى ثلاثة أثمان وسقط عنه خمسة أثمان الثمن فحكم جناية المشترى ههنا كحكم جناية البائع هناك لما ذكرنا فافهم ولو كان الثمن مقبوضا والعبد فى يد البائع فجنى عليه البائع يسقط عن المشترى حصته من الثمن أيضا لما ذكرنا فان كان المشترى جنى عليه أولا ثم جنى البائع يلزم البائع من القيمة ما يلزم الاجنبى لان المشترى صار قابضا بالجناية ولا يملك البائع نقض القبض والاسترداد ههنا لان الثمن مقبوض فصارت جنايته وجناية الاجنبى سواء ولو كان البائع جنى أولا ثم جنى المشترى فما هلك بجناية البائع سقط حصته من الثمن وما هلك بسراية جنايته فعليه قيمته لان ما هلك بجنايته بعد جناية المشترى تجب قيمته على ما ذكرنا فكذا ما هلك بسراية جنايته والله عز وجل أعلم وان هلك بفعل أجنبى فعليه ضمانه لا شك فيه والمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع واتبع البائع الجانى بضمان ما جنى وان شاء اختار البيع واتبع الجانى بالضمان وعليه جميع الثمن وأيهما اختار فالحكم فيه بعد ذلك على ما ذكرنا فى اتلاف الاجنبى كل المبيع والله عز وجل أعلم هذا اذا هلك بعض المبيع قبل القبض فأما اذا هلك بعض المبيع بعد القبض فان هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى فالهلاك على المشترى لان المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشترى فتقرر عليه الثمن وكذا اذا هلك بفعل أجنبى فالهلاك على المشترى لما قلنا ويرجع بالضمان على الاجنبى لا شك فيه وان هلك بفعل البائع ينظر ان لم يكن له حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن بأن كان المشترى قبضه باذنه أو كان الثمن منقودا أو مؤجلا فهذا وما لو أتلفه أجنبى سواء وقد ذكرنا حكمه وان كان له حق الاسترداد بأن كان قبضه بغير اذنه والثمن حال غير منقود ينفسخ البيع فى قدر المتلف ويسقط عن المشترى حصته من الثمن لانه صار مستردا لذلك القدر بالاتلاف فتلف ذلك القدر فى ضمانه فيسقط قدره من الثمن ولا يكون مستردا الا انه لم يوجد منه اتلاف الباقى لانه لو هلك الباقى فى يد المشترى فعليه حصته من الثمن الا اذا هلك الباقى من سراية جناية البائع فيصير مستردا ويسقط عن المشترى جميع الثمن لان تلف الباقى حصل مضافا الى فعله فصار مستردا للكل فتلف الكل فى ضمانه فيسقط كل الثمن ولو اختلف

البايع والمشتري في هلاك المبيع فقال البائع هلك بعد القبض ولي عليك الثمن وقال المشتري هلك قبل القبض ولا ثمن لك علي فالقول قول المشتري مع يمينه لان البائع يدعي عليه القبض والثمن وهو ينكر ولان الظاهر شاهد للمشتري لان المبيع كان في يد البائع والظاهر بقاء ما كان على ما كان والبائع يدعي أمرا عارضا وهو الزوال والانتقال فكان المشتري متمسكا بالاصل الظاهر فكان القول قوله وان قام أحدهما البينة قبلت بينته ولو أقاما جميعا البينة يقضي ببينة البائع لانها تثبت أمرا بخلاف الظاهر وما شرعت البينات الا لهذا ولانها أكثر اظهارا لانها تظهر القبض والثمن فكانت أولى بالقبول وكذلك لو اختلفا في الاستهلاك فادعى البائع على المشتري أنه استهلكه وادعى المشتري على البائع أنه استهلكه فالقول قول المشتري لما قلنا هذا اذا لم يكن للبينتين تاريخ فأما اذا كان لهما تاريخ وتاريخ أحدهما أسبق فالاسبق أولى بالهلاك والاستهلاك جميعا هذا اذا لم يكن قبض المشتري المبيع ظاهرا فاما اذا كان ظاهرا فادعيا الاستهلاك فان لم يكن لهما بينة فالقول قول البائع لان الظاهر شاهد له لان المبيع في يد المشتري وأيهما أقام البينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة المشتري لانه هو المدعي ألا ترى أنه يدعي أمرا باطنا ليزيل به ظاهرا وهو الاستهلاك من البائع والمبيع في يده وكذا المشتري لو ترك الدعوى يترك ولا يجبر عليها والبائع لو ترك الدعوى لا يترك بل يجبر عليها وهذه عبارة مشايخنا في تحديد المدعي والمدعى عليه واذا قامت بينة المشتري ينظر ان كان في موضع للبائع حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن بان كان المشتري قبضه بغير اذن البائع والثمن حال غير منقود يسقط الثمن عن المشتري لانه بالاستهلاك صار مستردا وانفسخ البيع وان كان في موضع ليس له حق الاسترداد للحبس بأن كان المشتري قبض المبيع باذن البائع أو بغير اذنه لكن الثمن منقود أو مؤجل فللمشتري أن يضمن البائع قيمة المبيع لانه اذا لم يكن له حق الاسترداد لم يكن بالاستهلاك مستردا ولا ينفسخ البيع فلا يحصل الاستهلاك في ضمان البائع فتلزمه القيمة كما لو استهلكه أجنبي والله عز وجل أعلم ولو اشترى بفلوس نافقة ثم كسدت قبل القبض انفسخ عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى المشتري رد المبيع ان كان قائما وقيمته أو مثله ان كان هالكا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يبطل البيع والبائع بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ قيمة الفلوس (وجه) قولهما أن الفلوس في الذمة وما في الذمة لا يحتمل الهلاك فلا يكون الكساد هلاكا بل يكون عيبا فيها فيوجب الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ قيمة الفلوس كما اذا كان الثمن رطبا فانقطع قبل القبض ولابي حنيفة ان الفلوس بالكساد خرجت عن كونها ثمنا لان ثمنيتها ثبتت باصطلاح الناس فاذا ترك الناس التعامل بها عددا فقد زال عنها صفة الثمنية ولا بيع بلا ثمن فينفسخ ضرورة ولو لم تكسد ولكنها رخصت قيمتها أو غلت لا ينفسخ البيع بالاجماع وعلى المشتري أن ينقد مثلها عددا ولا يلتفت الى القيمة ههنا لان الرخص أو الغلاء لا يوجب بطلان الثمنية ألا ترى ان الدراهم قد ترخص وقد تغلو وهي على حالها أثمان ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما في وقت اعتبار القيمة فاعتبر أبو يوسف وقت العقد لانه وقت وجوب الثمن واعتبر محمد وقت الكساد وهو آخر يوم ترك الناس التعامل بها لانه وقت العجز عن التسليم ولو استقرض فلوسا نافقة وقبضها فكسدت فعليه رد مثل ما قبض من الفلوس عددا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي قول محمد عليه قيمتها (وجه) قولهما ان الواجب بقبض القرض رد مثل المقبوض وبالكساد عجز عن رد المثل لخروجها عن الثمنية وصيرورتها سلعة فيجب عليه قيمتها كما لو استقرض شيأ من ذوات الامثال وقبضه ثم انقطع عن أيدي الناس ولابي حنيفة رحمه الله ان أثر الكساد في بطلان الثمنية وانه لا يمنع جواز الرد بدليل انه لو استقرضها بعد الكساد جاز ثم اختلفا في وقت اعتبار القيمة على ما ذكرنا ولو لم تكسد ولكنها رخصت أو غلت فعليه رد مثل ما قبض بلا خلاف لما ذكرنا أن صفة الثمنية باقية ولو اشترى بدرهم فلوسا وتقابضا وافترقا ثم استحقت الفلوس من يده وأخذها المستحق لا يبطل العقد لان بالاستحقاق وان انتقض القبض والتحق بالعدم فيصير كان الافتراق حصل عن قبض الدراهم دون الفلوس وهذا لا يوجب بطلان العقد وعلى

بائع الفلوس أن ينقد مثلها وكذلك ان استحق بعضها وأخذ قدر المستحق لا يبطل البيع لما قلنا وعلى بائع الفلوس أن ينقد مثل القدر المستحق وكذلك اذا وجد المشترى الفلوس من الفلوس الكاسدة لا يبطل البيع لان قبض أحد البدلين فيما لا يتضمن يكفى لبقاء العقد على الصحة وقد وجد قبض أحدهما وهو الدراهم ولو كان المشترى قبض الفلوس ولم ينقد الدراهم وافترقا ثم استحقت الفلوس فالمستحق بالخيار ان شاء أجاز نقد البائع فيجوز العقد لان الاجازة استندت الى حالة العقد فجاز النقد والعقد و يرجع المستحق على بائع الفلوس بمثلها و ينقد المشترى الدراهم لبائع الفلوس وان شاء لم يجز وأخذ الفلوس و بطل العقد لانه لما لم يجز وأخذ الفلوس فقد انتقض القبض والتحق بالعدم فتبين أن افتراقهما حصل لا عن قبض أصلا فبطل العقد وكذلك لو استحق بعض الفلوس فحكم البعض كحكم الكل وقد ذكرناه ولو وجد الفلوس كاسدة لا تروج بطل العقد لانه ظهر انهما افترقا من غير قبض وان وجدها تروج فى بعض التجارة ولا تروج فى البعض أو يأخذها البعض دون البعض فحكمها حكم الدراهم الزائفة ان تجوز بها المشترى جاز لانها من جنس حقه أصلا وان لم يتجوز بها فالقياس أن يبطل العقد فى المردود قل أو كثر وهو قول زفر وعند أبى يوسف ومحمد ان لم يستبدل فى مجلس الرد يبطل وان استبدل لا يبطل وعند أبى حنيفة ان كان قليلا فاستبدل لا يبطل وان كان كثيرا يبطل على ماذكرنا فى السلم والله عز وجل أعلم (وأما) بيان صفة الحكم فله صفتان احداهما اللزوم حتى لا ينفرد أحد العاقدين بالفسخ سواء كان بعد الافتراق عن المجلس أو قبله عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يلزم الا بعد الافتراق عن المجلس وقد ذكرنا الكلام فيه من الجانبين فيما تقدم والثانية الحلول وهو ثبوت الملك فى البدلين للحال لانه تمليك بتمليك وهو ايجاب الملك من الجانبين للحال فيقتضى ثبوت الملك فى البدلين فى الحال بخلاف البيع بشرط الخيار لان الخيار يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم فيمنع وقوعه تمليكا للحال وبخلاف البيع الفاسد فان ثبوت الملك فيه موقوف على القبض فيصير تمليكا عنده والله عز وجل أعلم (وأما) الاحكام التى هى من التوابع للحكم الاصلى للبيع (فمنها) وجوب تسليم المبيع والثمن والكلام فى هذا الحكم فى مواضع أحدها فى بيان وجوب تسليم البدلين وماهو من توابع تسليمهما والثانى فى بيان وقت وجوب تسليمهما والثالث فى تفسير التسليم والقبض والرابع فى بيان ما يصير به المشترى قابضا للمبيع من التصرفات ومالا يصير (أما) الاول فتسليم البدلين واجب على العاقدين لان العقد أوجب الملك فى البدلين ومعلوم أن الملك ماثبت لعينه وانما ثبت وسيلة الى الانتفاع بالمملوك ولا يتهيأ الانتفاع به الا بالتسليم فكان ايجاب الملك فى البدلين شرعا ايجابا لتسليمهما ضرورة ولان معنى البيع لا يحصل الا بالتسليم والقبض لانه عقد مبادلة وهو مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب وحقيقة المبادلة فى التسليم والقبض لانها أخذ بدل واعطاء بدل وانما قول البيع والشراء وهو الايجاب والقبول جعل دليلا عليهما ولهذا كان التعاطى بيعا عندنا على ماذكرنا والله عز وجل أعلم وعلى هذا تخرج أجرة الكيال والوزان والعداد والذراع فى بيع المكيل والموزون والمعدود والمذروع مكايلة وموازنة ومعاددة ومذارعة انها على البائع أما أجرة الكيال والوزان فلانها من مؤنات الكيل والوزن والكيل والوزن فيما بيع مكايلة وموازنة من تمام التسليم على ماذكر والتسليم على البائع فكانت مؤنة التسليم عليه والعدد فى المعدود الذى بيع عددا بمنزلة الكيل والوزن فى المكيل والموزون عند أبى حنيفة فكان من تمام التسليم فكانت على من عليه التسليم وعندهما هو من باب تأكيد التسليم فكان من توابعه كالذرع فيما بيع مذارعة فكانت مؤنته على من عليه التسليم وهو البائع وكذا أجرة وزان الثمن على المشترى لما قلنا (وأما) أجرة ناقد الثمن فعن محمد فيه روايتان روى ابراهيم بن رستم عنه أنها على البائع لان حقه فى الجيد والنقد لتميز حقه فكانت مؤنته عليه وروى ابن سماعة عنه ان البائع ان كان لم يقبض الدراهم فعلى المشترى لان عليه تسليم ثمن جيد فكانت مؤنة تسليمه عليه ولو كان قد قبضها فعلى البائع لانه قبض حقه ظاهرا فانما يطلب بالنقد اذا أدى فكان الناقد عاملا له فكانت أجرة عمله عليه (وأما) بيان وقت الوجوب فالوجوب على التوسع ثبت عقيب

العقد بلا فصل وأما على التضييق فان تبايعا عينا بعين وجب تسليمهما معا اذا طالب كل واحد منهما صاحبه بالتسليم لما ذكرنا أن المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة للمتعاقدين عادة وتحقيق التساوي ههنا في التسليم معا لما ذكرنا انه ليس أحدهما بالتقديم أولى من الآخر وكذلك ان تبايعا دينا بدين لما قلنا وان تبايعا عينا بدين يراعى فيه الترتيب عندنا فيجب على المشتري تسليم الثمن أولا اذا طالبه البائع ثم يجب على البائع تسليم المبيع اذا طالبه المشتري لان تحقيق التساوي فيه على ما بينا فيما تقدم (وأما) تفسير التسليم والقبض فالتسليم والقبض عندنا هو التخلية والتخلي وهو أن يخلي البائع بين المبيع و بين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه فيجعل البائع مسلما للمبيع والمشتري قابضا له وكذا تسليم الثمن من المشتري الى البائع وقال الشافعي رحمه الله القبض في الدار والعقار والشجر بالتخلية وأما في الدراهم والدنانير فتناولهما بالبراجم وفي الثياب بالنقل وكذا في الطعام اذا اشتراه مجازفة فاذا اشتراه مكايلة فبالكيل وفي العبد والبهيمة بالسير من مكانه (وجه) قوله أن الاصل في القبض هو الاخذ بالبراجم لانه القبض حقيقة الا أن فيما لا يحتمل الاخذ بالبراجم أقيم النقل مقامه فيما يحتمل النقل وفيما لا يحتمله أقيم التخلية مقامه (ولنا) أن التسليم في اللغة عبارة عن جعله سالما خالصا يقال سلم فلان لفلان أي خلص له وقال الله تعالى ورجلا سلما لرجل أي سالما خالصاً لا يشركه فيه أحد فتسليم المبيع الى المشتري هو جعل المبيع سالماً للمشتري أي خالصاً له بحيث لا ينازعه فيه غيره وهذا يحصل بالتخلية فكانت التخلية تسليما من البائع والتخلي قبضاً من المشتري وكذا هذا في تسليم الثمن الى البائع لان التسليم واجب ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع فأما الاقباض فليس في وسعه لان القبض بالبراجم فعل اختياري للقابض فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب وهذا لا يجوز ثم لا خلاف بين أصحابنا في أن أصل القبض يحصل بالتخلية في سائر الاموال واختلفوا في أنها هل هي قبض تام فيها أم لا وجملة الكلام فيه أن المبيع لا يخلو اما أن يكون مما له مثل واما أن يكون مما لا مثل له فان كان مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فالتخلية فيها قبض تام بلا خلاف حتى لو اشترى مذروعاً مذارعة أو معدوداً معاددة ووجدت التخلية يخرج عن ضمان البائع و يجوز له بيعه والانتفاع به قبل الذرع والعد بلا خلاف وان كان مما له مثل فان باعه مجازفة فكذلك لانه لا يعتبر معرفة القدر في بيع المجازفة وإن باع مكايلة أو موازنة في المكيل والموزون وخلى فلا خلاف في أن المبيع يخرج عن ضمان البائع و يدخل في ضمان المشتري حتى لو هلك بعد التخلية قبل الكيل والوزن يهلك على المشتري وكذا لا خلاف في أنه لا يجوز للمشتري بيعه والانتفاع به قبل الكيل والوزن وكذا لو اكتاله المشتري أو اتزنه من بائعه ثم باعه مكايلة أو موازنة من غيره لم يحل للمشتري منه أن يبيعه أو ينتفع به حتى يكيله أو يزنه ولا يكتفي باكتيال البائع أو اتزانه من بائعه وان كان ذلك بحضرة هذا المشتري لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وروي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يكال لكن اختلفوا في أن حرمة التصرف قبل الكيل أو الوزن لانعدام القبض بانعدام الكيل أو الوزن أو شرعاً غير معقول المعنى مع حصول القبض بتمامه بالتخلية قال بعض مشايخنا انها ثبتت شرعاً غير معقول المعنى وقال بعضهم الحرمة لمكان انعدام القبض على التمام بالكيل أو الوزن وكما لا يجوز التصرف في المبيع المنقول بدون قبضه أصلا لا يجوز بدون قبضه بتمامه (وجه) قول الاولين ما ذكرنا أن معنى التسليم والتسلم يحصل بالتخلية لان المشتري يصير سالماً خالصاً للمشتري على وجه يتهيأ له تقليبه والتصرف فيه على حسب مشيئته وارادته ولهذا كانت التخلية تسليما وقبضاً فيما لا مثل له وفيما له مثل اذا بيع مجازفة ولهذا يدخل المبيع في ضمان المشتري بالتخلية نفسها بلا خلاف دل أن التخلية قبض الا أن حرمة التصرف مع وجود القبض بتمامه ثبت تعبداً غير معقول المعنى والله عز وجل أعلم (وجه) قول الآخرين تعليل محمد رحمه الله في هذه المسئلة في كتاب البيوع فانه قال ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيه قبل الكيل لانه باعه قبل أن

يقبضه

يقبضه ولم يرد به أصل القبض لانه موجود وانما أراد به تمام القبض والدليل على أن الكيل والوزن فى المكيل والموزون الذى بيع مكايلة وموازنة من تمام القبض أن القدر فى المكيل والموزون معقود عليه ألا ترى أنه لو كيل فازداد لا تطيب له الزيادة بل ترد أو يفرض لها ثمن ولو نقص يطرح بحصته شيء من الثمن ولا يعرف القدر فيهما الا بالكيل والوزن لاحتمال الزيادة والنقصان فلا يتحقق قبض قدر المعقود عليه الا بالكيل والوزن فكان الكيل والوزن فيه من تمام القبض ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل قبضه بتمامه كما لا يجوز قبل قبضه أصلا ورأسا بخلاف المذروعات لان القدر فيها ليس معقوداً عليه بل هو جار مجرى الوصف والاوصاف لا تكون معقوداً عليها ولهذا سلمت الزيادة للمشترى بلا ثمن وفى النقصان لا يسقط عنه شيء من الثمن فكانت التخلية فيها قبضاً تاماً فيكتفى بها فى جواز التصرف قبل الذرع بخلاف المكيلات والموزونات على ما بينا الا أنه يخرج عن ضمان البائع بالتخلية نفسها لوجود القبض بأصله والخروج عن ضمان البائع يتعلق بأصل القبض لا بوصف الكمال فأما جواز التصرف فيه فيستدعى قبضاً كاملا لورود النهى عن بيع مالم يقبض والقبض المطلق هو القبض الكامل والله عز وجل أعلم (وأما) المعدودات المتقاربة اذا بيعت عدداً لا جزافاً فحكمها حكم المكيلات والموزونات عند أبى حنيفة حتى لا يجوز بيعها الا بعد العد وعند أبى يوسف ومحمد حكمها حكم المذروعات فيجوز بيعها قبل العد (وجه) قولهما ان العددى ليس من أموال الربا كالذرع ولهذا لم تكن المساواة فيها شرطاً لجواز العقد كما لا تشترط فى المذروعات فكان حكمه حكم المذروع ولابى حنيفة رحمه الله ان القدر فى المعدود معقود عليه كالقدر فى المكيل والموزون ألا ترى انه لو عده فوجده زائداً لا تطيب الزيادة له بلا ثمن بل يردها أو يأخذها بثمنها ولو وجده ناقصاً يرجع بقدر النقصان كما فى المكيل والموزون دل أن القدر فيه معقود عليه واحتمال الزيادة والنقصان فى عدد المبيع ثابت فلا بد من معرفة قدر المعقود عليه وامتيازه من غيره ولا يعرف قدره الا بالعد فأشبه المكيل والموزون ولهذا كان العد فيه بمنزلة المكيل والموزون فى ضمان العدوان الا أنه لم يجز فيه الربا لان المساواة بين واحد وواحد فى العد ثبتت باصطلاح الناس واهدار هم التفاوت بينهما فى الصغر والكبر لكن ما ثبت باصطلاح الناس جاز أن يبطل باصطلاحهم ولما تبايعا واحداً باثنين فقد أهدرا الاصطلاح الاهدار واعتبرا الكبر لانهما قصدا البيع الصحيح ولا صحة الا باعتبار الكبر وسقوط العد فكان أحدهما من أحد الجانبين بمقابلة الكبير من الجانب الآخر فلا يتحقق الربا أما ههنا فلا بد من اعتبار العد اذا بيع عدداً واذا اعتبر العد لا يجوز التصرف فيه قبل القبض كما فى المكيل والموزون بخلاف المذروع فان القدر فيه ليس بمعقود عليه على ما بينا فكانت التخلية فيه قبضاً تاماً فكان تصرفاً فى المبيع المنقول بعد القبض وانه جائز والله عز وجل أعلم ولو كاله البائع أو وزنه بحضرة المشترى كان ذلك كافياً ولا يحتاج الى اعادة الكيل لان المقصود يحصل بكيله مرة واحدة بحضرة المشترى وما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى محمول على موضع مخصوص وهو ما اذا اشترى مكيلا مكايلة فاكتاله ثم باعه من غيره مكايلة لم يجز لهذا المشترى التصرف فيه حتى يكيله وان كان هو حاضراً عند اكتيال بائعه فلا يكتفى بذلك وكذلك اذا أسلم الى رجل فى حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه قدر المسلم فيه من رجل مكايلة وأمر رب السلم باقتضائه فانه لا يجوز له التصرف فيه مالم يكله مرتين مرة للمسلم اليه ومرة لنفسه بالنص ولو كان مكان السلم قرض بأن استقرض المستقرض كراً من انسان وأمر المقرض بقبض الكر فانه يكتفى فيه بكيل واحد للمشترى والمستقرض (ووجه) الفرق ان الكيل والوزن فيما عقد بشرط الكيل والوزن فى المكيل والموزون شرط جواز التصرف فيهما لانه من تمام القبض على ما بينا والسلم عقد بشرط الكيل والمسلم اليه اشترى بشرط الكيل فلا بد من أن يكيل رب السلم أولا للمسلم اليه ليصير قابضاً له فيجعل كان المسلم اليه قبضه بنفسه من البائع ثم يكيل لنفسه ليصير قابضاً لنفسه من المسلم اليه فاما قبض بدل القرض فليس بشرط لجواز التصرف فيه لان

القبض بالكيل في باب البيع لاندفاع جهالة المعقود عليه بتميز حق المشترى عن حق البائع والقرض يقبل نوع جهالة فلا يشترط له القبض ولان الاقراض اعارة عندنا فالمقبول من بدل القرض كانه عين حقه فصار كما لو أعار عيناً ثم استردها فيصح قبضه بدون الكيل وانما يجب كيل واحد للمشترى لا غير والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يصير به المشترى قابضاً للمبيع من التصرفات ومالا يصير به قابضاً فنقول وبالله التوفيق المبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع وإما أن يكون في يد المشترى فان كان في يد البائع فاتلفه المشترى صار قابضاً له لانه صار قابضاً بالتخلية فبالاتلاف أولى لان التخلية تمكين من التصرف في المبيع والاتلاف تصرف فيه حقيقة والتمكين من التصرف دون حقيقة التصرف وكذلك لو قطع يده أو شج رأسه وكل تصرف نقص شيأ لان هذه الافعال في الدلالة على التمكين فوق التخلية ثم بالتخلية صار قابضاً فبها أولى وكذلك لو فعل البائع شيأ من ذلك بأمر المشترى لان فعله بأمر المشترى بمنزلة فعل المشترى بنفسه ولو أعتقه المشترى يصير قابضاً لان لاعتاق اتلاف حكماً فيلحق بالاتلاف حقيقة وكذا لو دبره أو استولد الجارية أى أقر انها أم ولده لان التدبير أو الاستيلاد تنقيص حكماً فكان ملحقاً بالتنقيص حقيقة ولو زوج المبيع بأن كان جارية أو عبداً فالقياس أن يصير قابضاً وهو رواية عن أبى يوسف وفى الاستحسان لا يصير قابضاً (وجه) القياس أن التزوج تعييب الاترى أن الزوجية عيب يرد بها واذا كانت الزوجية عيباً كان التزوج تعييباً والتعييب قبض (وجه) الاستحسان أنه تعييب حكما لا حقيقة لانه لا يوجب نقصان المحل ولا نقصان الملك فيه فلا يصير به قابضاً وكذا لو أقر عليه بالدين فالقياس أن يصير قابضاً لان الدين عيب حتى يرد به وفى الاستحسان لا يصير قابضاً لانه تعييب حكمى وانه لا يوجب النقصان فلا يكون قبضاً ولو وطئها الزوج في يد البائع صار المشترى قابضاً لان الوطء اثبات اليد على الموطوءة وانه حصل من الزوج بتسليط المشترى فكان من حيث انه اثبات اليد مضافاً الى المشترى فكان قابضاً من المشترى ولو أعار المشترى المبيع للبائع أو أودعه أو آجره لم يكن شيء من ذلك قبضاً لان هذه التصرفات لم تصح من المشترى لان يد الحبس بطريق الاصالة ثابتة للبائع فلا يتصور اثبات يد النيابة له بهذه التصرفات فلم تصح والتحقت بالعدم ولو أعاره أو أودعه أجنبياً صار قابضاً لان الاعارة والايداع اياه صحيح فقد أثبت يد النيابة لغيره فصار قابضاً ولو أرسل المشترى العبد المبيع الى حاجة صار قابضاً لان ارساله في الحاجة استعمال له بدليل أنه صار راضياً به واستعماله اياه اثبات يده عليه وهو معنى القبض ولو جنى أجنبي على المبيع فاختار المشترى اتباع الجانى بالضمان كان اختياره بمنزلة القبض عند أبى يوسف وعند محمد لا يكون حتى لو توى الضمان على الجانى بان مات مفلساً كان التوى على المشترى ولا يبطل البيع عند أبى يوسف ويتقرر عليه الثمن وعند محمد يبطل البيع والتوى على البائع ويسقط الثمن عن المشترى وكذا لو استبدل المشترى الضمان ليأخذ مكانه من الجانى شيأ آخر جاز عند أبى يوسف وعند محمد لا يجوز لان هذا تصرف في المعقود عليه قبل القبض لان القيمة قائمة مقام العين المستهلكة والتصرف في المعقود عليه قبل القبض لا يجوز لا من البائع ولا من غيره وكذا المبيع اذا كان مصوغاً من فضة اشتراها بدينار فاستهلك المصوغ أجنبي قبل القبض فاختار المشترى أن يتبع الجانى بالضمان ونقد الدينار البائع فافترقا قبل قبض ضمان المستهلك لا يبطل الصرف بينهما عند أبى يوسف لان اختياره تضمين المستهلك بمنزلة القبض عنده وعند محمد يبطل الصرف لعدم القبض (وجه) قول محمد ان الضمان حكم العين لان قيمة العين قائمة مقامها ولهذا بقى العقد على القيمة بعد استهلاك العين ثم العين لو كانت قائمة فهلكت قبل القبض كان الهلاك على البائع ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشترى فكذا القيمة ولأبى يوسف ان جناية الاجنبى حصلت باذن المشترى وأمره دلالة فيصير قابضاً كما لو فعل بنفسه وبيان ذلك أن اختيار المشترى اتباع الجانى بالضمان تمليك من المضمون لان المضمونات تملك باختيار الضمان مستنداً الى وقت سبب الضمان فيصير كان الجناية حصلت بأمر المشترى فيصير

قابضاً لان فعل الاجنبي بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه ولو أمر المشتري البائع أن يعمل في المبيع عملا فان كان عملا لا ينقصه كالقصارة والغسل بأجر أو بغير أجر لا يصير قابضاً لان التصرف الذي لا يوجب نقصان المحل مما يملكه البائع باليد الثابتة كما اذا نقله من مكان الى مكان فكان الامر به استيفاء لملك اليد فلا يصير به قابضاً وتجب الاجرة على المشتري ان كان بأجر لان الاجارة قد صحت لان العمل على البائع ليس بواجب فجاز أن تقابله الاجرة وان كان عملا ينقصه يصير قابضاً لان تنقيصه اتلاف جزء منه وقد حصل بأمره فكان مضافاً اليه كانه فعله بنفسه والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا أسلم في كر حنطة فلما حل الاجل أمر رب السلم المسلم اليه أن يكيله في غرائر المسلم اليه أو دفع اليه غرائره وأمره أن يكيله فيها ففعل أنه ان كان رب السلم حاضراً يصير قابضاً بالتخلية وان كان غائباً لا يصير قابضاً لان الحنطة التي يكيلها المسلم اليه ملكه لا ملك رب السلم لان حقه في الدين لا في العين فلم يصح أمر المشتري إياه بكيلها فلم يصر وكيلا له فلا تصير يده يد رب السلم سواء كانت الغرائر للمسلم اليه أو لرب السلم لان يد رب السلم عن الغرائر قد زالت فاذا كال فيها الحنطة لم تصر في يد رب السلم فلا يصير قابضاً وكذا لو استقرض من رجل كراً ودفع اليه غرائره ليكيله فيها ففعل وهو غائب لا يصير قابضاً لان القرض لا يملك قبل القبض فكان الكر على ملك المقرض فلم يصح أمر المستقرض إياه بكيله فلا يصير وكيلا له فلا تصير يده يد المستقرض كما في السلم ولو اشترى من انسان كراً بعينه ودفع غرائره وأمره بأن يكيل فيها ففعل صار قابضاً سواء كان المشتري حاضراً أو غائباً لان المعقود عليه معين وقد ملكه المشتري بنفس العقد فصح أمر المشتري لانه تناول عيناً هو ملكه فصح أمره وصار البائع وكيلا له وصارت يده يد المشتري وكذلك الطحن اذا طحنه المسلم اليه بأمر رب السلم لم يصر قابضاً ولو طحنه البائع بأمر المشتري صار قابضاً لان الطحن بمنزلة الكيل في الغرائر ولو استعار المشتري من البائع غرائره وأمره بأن يكيله فيها ففعل فان كان المشتري حاضراً يصير قابضاً بالتخلي بالاجماع وان كان غائباً لا يصير قابضاً عند محمد ما لم يسلم الغرائر اليه سواء كانت الغرائر بغير عينها أو بعينها وقال أبو يوسف ان كانت بعينها صار المشتري قابضاً بنفس الكيل فيها وان كانت بغير عينها بأن قال أعرني غرارة وكل فيها لا يصير قابضاً (وجه) قول محمد ان الغرائر عارية في الوجهين جميعاً ولم يقبضها والعارية لا حكم لها بدون القبض فبقيت في يد البائع فبقي ما فيها في يد البائع أيضاً فلا يصير في يد المشتري قابضاً الا بتسليم الغرائر اليه ولابي يوسف الفرق بين حالة التعيين وعدم التعيين وهو أن الغرائر اذا كانت معينة مشاراً اليها فان لم يمكن تصحيح التعيين من حيث كونه استعارة يمكن تصحيحه من حيث اقامتها مقام يده واذا لم تكن متعينة فلا وجه للاعارة بوجه وقول محمد أظهر والله عز وجل أعلم ولو اشترى كراً بعينه وله على البائع كر دين فأعطاه جوالقاً وقال له كلهما فيه ففعل صار قابضاً لهما سواء كان المبيع أولا أو الدين وهذا قول أبي يوسف وقال محمد ان كان المبيع أولا يصير قابضاً لهما كما قال أبو يوسف وان كان الدين أولا لم يصر قابضاً للدين وكان قابضاً للعين وكانا شريكين فيه (وجه) قول محمد ان نفس الكيل في الدين ليس بقبض لما ذكرنا فاذا ابتدأ بكيله لم يصر المشتري قابضاً له فاذا كاله بعده فقد خلط ملك المشتري بملك نفسه فيشتركان في المخلوط ونفس الكيل في العين قبض فاذا ابتدأ بكيله صار المشتري قابضاً له ثم اذا كال الدين بعده فقد استهلك العين بالخلط فقام ذلك الدين مقام العين فصار قابضاً له (وجه) قول أبي يوسف ان البائع خلط ملك المشتري بملك نفسه في الحال بأمر المشتري فكان مضافاً الى المشتري والخلط من أسباب التملك في الجملة فيملك المشتري الدين بالخلط وقد جعله في غرائره بأمره فصار قابضاً له والله عز وجل أعلم ولو باع قطناً في فراش أو حنطة في سنبل وسلم كذلك فان أمكن المشتري قبض القطن أو الحنطة من غير فتق الفراش أو دق السنبل صار قابضاً له لحصول معنى القبض وهو التخلي والتمكن من التصرف وان لم يمكنه الا بالفتق والدق لم يصر قابضاً له لانه لا يملك الفتق أو الدق لانه تصرف في ملك البائع وهو لا يملك التصرف في ملكه فلم يحصل التمكن والتخلي فلا يصير قابضاً ولو باع الثمرة على الشجرة وسلم كذلك صار قابضاً لانه يمكنه الجذاذ من غير تصرف في ملك

البائع فحصل التخلي بتسليم الشجر فكان قبضاً بخلاف بيع القطن في الفراش والحنطة في السنبل ولهذا قالوا ان أجرة الجذاذ على المشترى وأجرة الفتق والدق على البائع اذا كان المشترى لا يمكنه القبض الا به لانه صار قابضاً للثمن بتسليم الشجر فكان الجاذ عاملا للمشترى فكانت الاجرة عليه ولم يحصل القبض بتسليم الفراش والسنبل فكان الفتق والدق على البائع مما يتحقق به التسليم فكانت أجرته عليه هذا اذا كان المبيع في يد البائع وقت البيع فأما اذا كان في يد المشترى فهل يصير قابضا للمبيع بنفس العقد أم يحتاج فيه الى تجديد القبض فالاصل فيه أن الموجود وقت العقد ان كان مثل المستحق بالعقد ينوب منابه وان لم يكن مثله فان كان أقوى من المستحق ناب عنه وان كان دونه لا ينوب لانه اذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب لان المتماثلين غيران ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده وان كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وان كان دونه لا يوجد فيه الا بعض المستحق فلا ينوب عن كله وبيان ذلك في مسائل وجملة الكلام فيها أن يد المشترى قبل الشراء إما ان كانت يد ضمان وإما ان كانت يد أمانة فان كانت يد ضمان فاما ان كانت يد ضمان بنفسه وإما ان كانت يد ضمان بغيره فان كانت يد ضمان بنفسه كيد الغاصب يصير المشترى قابضاً للمبيع بنفس العقد ولا يحتاج الى تجديد القبض سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً لان المغصوب مضمون بنفسه والمبيع بعد القبض مضمون بنفسه فتجانس القبضان فناب أحدهما عن الآخر لان التجانس يقتضي التشابه والمتشابهان ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً لان يد الغاصب في الحالين يد ضمان وان كانت يده يد ضمان لغيره كيد الرهن بأن باع الراهن المرهون من المرتهن فانه لا يصير قابضاً الا أن يكون الرهن حاضراً أو يذهب الى حيث الرهن ويتمكن من قبضه لان المرهون ليس بمضمون بنفسه بل بغيره وهو الدين والمبيع مضمون بنفسه فلم يتجانس القبضان فلم يتشابها فلا ينوب أحدهما عن الآخر ولان الرهن أمانة في الحقيقة فكان قبضه قبض أمانة وانما يسقط الدين بهلاكه لمعنى آخر لا لكونه مضموناً على ما عرف واذا كان أمانة فقبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان كقبض العارية والوديعة وان كانت يد المشترى يد أمانة كيد الوديعة والعارية لا يصير قابضاً الا أن يكون بحضرته أو يذهب الى حيث يتمكن من قبضه بالتخلي لان يد الامانة ليست من جنس يد الضمان فلا يتناوبان والله عز وجل أعلم ولو اختلف البائع والمشترى في قبض المبيع فقال البائع قبضته وقال المشترى لم أقبضه فالقول قول المشترى لان البائع يدعي عليه وجود القبض وتقرر الثمن وهو ينكر ولان عدم القبض أصل والوجود عارض فكان المشترى متمسكا بالاصل والبائع يدعي أمراً عارضاً فكان الظاهر شاهداً للمشترى فكان القول قوله مع يمينه وكذا اذا قبض بعضه واختلفا في قدر المقبوض فالقول قول المشترى لما قلنا ولو اختلفا في قبض الثمن فالقول قول البائع لما قلنا في قبض المبيع والله عز وجل أعلم ولو اختلفا فقال البائع للمشترى قطعت يده فصرت قابضا وقال المشترى للبائع أنت قطعت يده وانفسخ البيع فيه لم يقبل قول كل واحد منهما على صاحبه ويجعل كان يده ذهبت بآفة سماوية لتعارض الدعوتين وانعدام دليل الترجيح لاحدهما فلا يكون قول أحدهما بالقبول على صاحبه أولى من قول الآخر فلا يقبل ويجعل كأنها ذهبت بآفة سماوية ويخير المشترى لتغير المبيع قبل القبض فان شاء أخذ الباقي بجميع الثمن وان شاء رده على البائع فان اختار الاخذ يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويأخذ كذا ذكر القدوري رحمه الله في شرحه أما تحليف البائع فلا اشكال فيه لان المشترى يدعي عليه سقوط بعض الثمن وهو ينكر فيحلف لانه اذا حلف لا يسقط عن المشترى شيء من الثمن فكان تحليفه مفيداً (وأما) تحليف المشترى فمشكل لانه لا يفيد شيأ لانه يأخذه بعد الحلف بكل الثمن وهذا فيما اذا اختار المشترى الرد على البائع لانه لا يحلف البائع بل يحلف المشترى وحده لان تحليف البائع لا يفيده شيأ حيث يرده عليه وكذلك لو كان المبيع مما يكال أو يوزن فذهب بعضه فاختلفا فقال البائع للمشترى أنت أكلت وقال المشترى للبائع مثل ذلك أنه لا يقبل قول واحد منهما على صاحبه ويجعل كأنه ذهب بعضه بآفة سماوية لما قلنا ويخير المشترى لتفرق الصفقة الا أن هنالك ان اختار

الاخذ

الاخذ أخذ الباقى بما بقى من الثمن لان القدر فى المكيل والموزون معقود عليه فكان له حصة من الثمن والاطراف من الحيوان جارية مجرى الاوصاف فلا يقابلها الثمن الا اذا صارت مقصودة بالقبض أو بالجناية على ما بينا فيما تقدم وذكر القدورى رحمه الله ههنا أيضا أنه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويأخذ ولا اشكال ههنا فى تحليف المشترى لان التحليف مفيد فى حقه لان البائع يدعى عليه كل الثمن وهو ينكر فيندفع عنه لزوم كل الثمن بالحلف فكان مفيداً (وأما) تحليف البائع ففيه اشكال لان المشترى يدعى عليه سقوط بعض الثمن وذا حاصل له من غير تحليفه فلم يكن تحليفه مفيداً فى حقه فينبغى أن لا يحلف وان اختار الرد على البائع حلف المشترى وحده دون البائع لما قلنا فان أقام أحدهما البينة قبلت بينته لانها قامت على أمر جائز الوجود وان أقاما البينة فالبينة بينة البائع لانها مثبتة الا ترى أنها توجب دخول السلعة فى ضمان المشترى وتقرر الثمن عليه وبينة المشترى نافية فالمثبتة أولى والله عز وجل أعلم (ومنها) ثبوت حق الحبس للمبيع لاستيفاء الثمن وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله فى قول يسلمان معا وفى قول يسلم المبيع أولا ثم يسلم الثمن أما قوله الاول فبناء على أصله الذى ذكرنا فيما تقدم وهو أن الثمن والمبيع من الاسماء المترادفة عنده ويتعين كل واحد منهما بالتعيين فكان كل ثمن مبيعا وكل مبيع ثمنا (وأما) قوله الثانى وهو أن فى تقديم تسليم المبيع صيانة العقد عن الانفساخ بهلاك المبيع وليس ذلك فى تقديم تسليم الثمن لانه لو هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد وان قبض الثمن فكان تقديم تسليم المبيع أولى صيانة للعقد عن الانفساخ ما أمكن (ولنا) قوله عليه الصلاة والسلام الدين مقضى وصف عليه الصلاة والسلام الدين بكونه مقضيا عاما أو مطلقا فلو تأخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضيا وهذا خلاف النص وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال ثلاث لا يؤخرن الجنازة اذا حضرت والايم اذا وجدت لها كفأ والدين اذا وجدت ما يقضيه وتقديم تسليم المبيع تأخير الدين وانه منفى بظاهر النص ولان المعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة ولا تتحقق المساواة الا بتقديم تسليم الثمن لان المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين الا بالتسليم على أصلنا فلا بد من تسليمه أولا تحقيقا للمساواة وقوله فيما قلته صيانة للعقد عن الانفساخ بهلاك المبيع قلنا هلاكه قبل تسليم الثمن نادر والنادر ملحق بالعدم فيلزم اعتبار معنى المساواة ثم الكلام فى هذا الحكم فى موضعين أحدهما فى بيان شرط ثبوت هذا الحكم والثانى فى بيان ما يبطل به بعد ثبوته أما شرط ثبوته فشيئان أحدهما أن يكون أحد البدلين عينا والآخر دينا فان كانا عينين أو دينين فلا يثبت حق الحبس بل يسلمان معا لما ذكرنا فيما تقدم والثانى أن يكون الثمن حالا فان كان مؤجلا لا يثبت حق الحبس لان ولاية الحبس تثبت حقا للبائع لطلبه المساواة عادة لما بينا ولما باع بثمن مؤجل فقد أسقط حق نفسه فبطلت الولاية ولو كان الثمن مؤجلا فى العقد فلم يقبض المشترى المبيع حتى حل الاجل فله أن يقبضه قبل نقد الثمن وليس للبائع حق الحبس لانه أسقط حق نفسه بالتأجيل والساقط متلاشى فلا يحتمل العود وكذلك لو طرأ الاجل على العقد بأن أخر الثمن بعد العقد فلم يقبض البائع حتى حل الاجل له أن يقبضه قبل نقد الثمن ولا يملك البائع حبسه لما قلنا ولو باع بثمن مؤجل فلم يقبض المشترى حتى حل الاجل هل له أجل آخر فى المستقبل ينظر ان ذكرا أجلا مطلقا بأن ذكرا سنة مطلقة غير معينة فله أجل آخر هو سنة أخرى من حين يقبض المبيع عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد الثمن حال وليس له أجل آخر وان ذكرا أجلا بعينه بأن باعه الى رمضان فلم يقبضه المشترى حتى مضى رمضان صار الثمن حالا بالاجماع (وجه) قولهما ان السنة المطلقة تنصرف الى سنة تعقب العقد بلا فصل فاذا مضت انتهى الاجل كما لو عين الاجل نصا ولابى حنيفة رحمه الله ان الاصل فى الثمن شرع نظراً للمشترى لينتفع بالمبيع فى الحال مع تأخير المطالبة بالثمن ولن يحصل هذا الغرض له الا وان يكون اعتبار الاجل من وقت قبض المبيع فكان هذا تأجيلا من هذا الوقت دلالة بخلاف ما اذا عين الاجل لانه نص على تعينه فوجب اعتبار المنصوص عليه إذ لا دلالة مع النص بخلافها ولو كان فى البيع خيار الشرط لهما أو لاحدهما والاجل مطلق فابتداء الاجل من حين وجوب العقد

وهو وقت سقوط الخيار لا من حين وجوده لان تأجيل الثمن هو تأخيره عن وقت وجوبه ووقت وجوبه هو وقت
وجوب العقد وابرامه لا قبله إذ لا وجوب للثمن قبله والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يبطل به حق الحبس بعد
ثبوته وما لا يبطل فنقول وبالله التوفيق اذا أخر الثمن بعد العقد بطل حق الحبس لانه أخر حق نفسه في قبض الثمن فلا
يتأخر حق المشترى في قبض المبيع وكذا المشترى اذا نقد الثمن كله أو أبرأه البائع عن كله بطل حق الحبس لان
حق الحبس لاستيفاء الثمن واستيفاء الثمن ولا ثمن محال ولو نقد الثمن كله الا درهما كان له حق حبس المبيع جميعه
لاستيفاء الباقي لان المبيع في استحقاق الحبس بالثمن لا يتجزأ فكان كل المبيع محبوسا بكل جزء من أجزاء الثمن
وكذلك لو باع شيئين صفقة واحدة وسمى لكل واحد منهما ثمنا فنقد المشترى حصة أحدهما كان للبائع حبسهما حتى
يقبض حق الآخر لما قلنا ولان قبض أحدهما دون الآخر تفريق الصفقة الواحدة في حق القبض والمشترى
لا يملك تفريق الصفقة الواحدة في حق القبول بأن يقبل الايجاب في أحدهما دون الآخر فلا يملك التفريق في حق
القبض أيضا لان للقبض شبها بالعقد وكذلك لو أبرأه من حصة أحدهما فله حبس الكل لاستيفاء الباقي لما ذكرنا
وكذلك لو باع من اثنين فنقد أحدهما حصته كان له حق حبس المبيع حتى يقبض ما على الآخر وروى عن أبي
يوسف رحمه الله في النوادر انه اذا نقد أحدهما نصف الثمن يأخذ نصف المبيع (ووجهه) ان الواجب على كل
واحد منهما نصف الثمن فاذا أدى النصف فقد أدى ما وجب عليه فلا معنى لتوقف حقه في قبض المبيع على أداء
صاحبه ولانه لو توقف وصاحبه مختار في الاداء قد يؤدي وقد لا يؤدي فيفوت حقه أصلا ورأسا وهذا لا يجوز
ولهذا جعل التخلية والتخلي تسليما وقبضا في الشرع على ما ذكرنا فيما تقدم (وجه) ظاهر الرواية على نحو ما ذكرنا ان
المبيع في حق الاستحقاق لحبس الثمن لا يحتمل التجزي فكان استحقاق بعضه استحقاق كله وما ذكرنا ان الصفقة
واحدة فلا تحتمل التفريق في البعض كما لا تحتمله في القبول فان غاب أحدهما لم يجبر الآخر على تسليم كل الثمن لان
الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن لا كله فلا يؤاخذ بتسليم كله فان اختار الحاضر ذلك ونقد كل الثمن وقبض
المبيع هل يكون متبرعا فيما تقدم ام لا اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يكون متبرعا فيما نقد وله أن يحبسه
عن الشريك الغائب حتى يستوفي ما نقد عنه وقال أبو يوسف رحمه الله هو متبرع في حصته (وجه) قوله ظاهر
لانه قضى دين غيره بغير أمره فكان متبرعا كما في سائر الديون ولهما انه قضى دين صاحبه بأمره دلالة فلا يكون
متبرعا كما لو قضاه بأمره نصا ودلالة ذلك انه لما غاب قبل نقد الثمن مع علمه ان صاحبه استحق قبض نصيبه من
المبيع بتسليم حصته من الثمن ولا يمكنه الوصول اليه الا بتسليم كل الثمن كان اذنا له بتسليم حصته من الثمن فكان قاضيا
دينه بأمره دلالة فلم يكن متطوعا وصار هذا كمن أعار ماله انسانا ليرهنه بدينه فرهن ثم افتكه الغير من مال نفسه
لا يكون متبرعا ويرجع على الراهن لان الراهن لما علم انه علق مال الغير بدينه ولا يزول العلوق الا بانفكاكه فكان
اذنا له بالفكاك دلالة كذا هذا وله حق حبس العبد الى أن يستوفي ما نقد عنه كما لو نقد بأمره نصا ولو أدى جميع الثمن
وقبض العبد ثم هلك في يده قبل الحبس يرجع على شريكه بنصف الثمن لانه أدى عنه بأمره دلالة على ما ذكرنا والله
عز وجل أعلم والرهن بالثمن والكفالة به لا يبطلان حق الحبس لانهما لا يسقطان الثمن عن ذمة المشترى ولا حق
المطالبة به فكانت الحاجة الى تعيينه بالقبض قائمة فيبقى حق الحبس لاستيفائه (وأما) الحوالة بالثمن فهل تبطل
حق الحبس قال أبو يوسف تبطل سواء كانت الحوالة من المشترى بأن أحال المشترى البائع بالثمن على انسان وقبل
المحال عليه الحوالة أو من البائع بأن أحال البائع غريما له على المشترى وقال محمد ان كانت الحوالة من المشترى لا تبطل
وللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن من المحال عليه وان كانت من البائع فان كانت مطلقة لا تبطل أيضا وان
كانت مقيدة بما عليه تبطل فأبو يوسف أراد بقاء الحبس على بقاء الدين في ذمة المشترى وذمته برئت من دين
المحيل بالحوالة فيبطل حق الحبس ومحمد اعتبر بقاء حق المطالبة لبقاء حق الحبس وحق المطالبة لم يبطل بحوالة

المشترى

المشترى ألا ترى ان له أن يطالب المحال عليه فلم يبطل حق الحبس و بطلت حوالة البائع اذا كانت مقيدة بما على المحال عليه فبطل حق الحبس والصحيح اعتبار محمد لان حق الحبس فى الشرع يدور مع حق المطالبة بالثمن لا مع قيام الثمن فى ذاته بدليل أن الثمن اذا كان مؤجلا لا يثبت حق الحبس والثمن فى ذمة المشترى قائم وانما سقطت المطالبة دل ان حق الحبس يتبع حق المطالبة بالثمن لا قيام الثمن فى ذاته وحق المطالبة فى حوالة المشترى وحوالة البائع اذا كانت مطلقة فكان حق الحبس ثابتا وفى حوالة البائع اذا كانت مقيدة ينقطع فلم ينقطع حق الحبس وعلى هذا الخلاف اذا أحال الراهن المرتهن بدينه على رجل أو أحال المرتهن غريما له بدينه على الراهن حوالة مطلقة أو مقيدة انه يبطل حق المرتهن فى حق حبس الرهن عند أبى يوسف وعند محمد لا يبطل فى حوالة الراهن وكذا فى حوالة المرتهن اذا كانت مطلقة وان كانت مقيدة تبطل ولو أعار البائع المبيع للمشترى أو أودعه بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه لا يبطل وللبائع أن يسترده (وجه) هذه الرواية ان عقد الاعارة والايداع ليس بعقد لازم فكان له ولاية الاسترداد كالمرتهن اذا أعار الرهن من الراهن أو أودعه اياه له أن يسترده لما قلنا كذا هذا (وجه) ظاهر الرواية ان الاعارة والايداع أمانة فى يد المشترى وهو لا يصلح نائبا عن البائع فى اليد لانه اصل فى الملك فكان أصلا فى اليد فاذا وقعت العارية أو الوديعة فى يده وقعت بجهة الاصالة وهى يد الملك و يد الملك يد لازمة فلا يملك ابطالها بالاسترداد و بخلاف الرهن فان المرتهن فى اليد الثابتة بعقد الرهن بمنزلة الملك فيمكن تحقيق معنى الانابة و يد النيابة لا تكون لازمة فملك الاسترداد ولو قبض المشترى المبيع باذن البائع بطل حق الحبس حتى لا يملك الاسترداد لانه أبطل حقه بالاذن بالقبض ولو قبض بغير اذنه لم يبطل وله أن يسترده لان حق الانسان لا يجوز ابطاله عليه من غير رضاه ولو كان المشترى تصرف فيه نظر فى ذلك ان كان تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والهبة والرهن والاجارة والامهار فسخه واسترده لانه تعلق به حقه وان كان تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق والتدبير والاستيلاد لا يملك الاسترداد لان الاسترداد والاعارة الى الحبس اما ان كان مع نقض هذه التصرفات واما ان كان مع قيامها لا سبيل الى الاول لان هذه التصرفات لا تحتمل النقض ولا سبيل الى الثانى لانها اذا بقيت كانت الاعادة الى الحبس حبس الجزء من كل وجه أو من وجه دون وجه وكل ذلك لا يجوز فبطل حق الحبس أصلا ولو نقد المشترى الثمن فوجده البائع زيوفا أو ستوقا أو مستحقا أو وجد بعضه كذلك فهذا لا يخلو اما أن يكون المشترى قبض المبيع واما أن يكون لم يقبض فان كان لم يقبضه كان له حق الحبس فى الفصول كلها لانه تبين انه ما استوفى حقه وان كان قبضه المشترى ينظر ان كان قبضه بغير اذن البائع فللبائع أن يسترده فى الفصول كلها لما قلنا وكذلك ان كان المشترى تصرف فى المبيع فللبائع أن يفسخ تصرفه و يسترد المبيع الا اذا كان تصرفا لا يحتمل الفسخ فلا يفسخ و يطالب المشترى بالثمن فلو نقد المشترى الثمن قبل أن يفسخ التصرف الذى يحتمل الفسخ لا يفسخ لانه لما نقد الثمن فقد بطل حقه فى الحبس فبطل حق الفسخ والاسترداد وان كان قبضه باذن البائع ينظر ان وجده زيوفا فرده لا يملك استرداد المبيع عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر له أن يسترد وهو قول أبى يوسف (وجه) قول زفر أن البائع ما رضى بزوال حق الحبس الا بوصول حقه اليه وحقه فى الثمن السليم لا فى المعيب فاذا وجده معيبا فلم يسلم له حقه فكان له أن يسترد المبيع حتى يستوفى حقه كالراهن اذا قضى دين المرتهن وقبض الرهن ثم ان المرتهن وجد المقبوض زيوفا كان له أن يرده و يسترد الرهن لما قلنا كذا هذا (ولنا) أن البائع يسلم المبيع بعد استيفاء جنس حقه فلا يملك الاسترداد بعد ما استوفى حقه ودلالة ذلك أن الزيوف جنس حقه من حيث الاصل وانما الفائت صفة الجودة بدليل انه لو تجوز به فى الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لانه يكون استبدالا ببدل الصرف والسلم وانه لا يجوز واذا كان المقبوض جنس حقه فتسلم المبيع بعد استيفاء جنس الحق يمنع من الاسترداد بخلاف الرهن لان الارتهان استيفاء لحقه من الرهن والافتكاك ايفاء من مال آخر فاذا وجد زيوفا تبين انه ما استوفى حقه

فكان له ولاية الاسترداد والدليل على التفرقة بين الرهن والبيع انه لو أعار المبيع المشترى بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده ولو أعار المرهون الراهن لا يبطل حق الحبس وله أن يسترده فان وجده ستوقا أو رصاصا أو مستحقا وأخذ منه له أن يرد بخلاف الزيوف لان البائع انما أذن للمشترى بالقبض على أنه استوفى حقه وتبين انه لم يستوف أصلا ورأسا لان الستوق والرصاص ليسا من جنس حقه ألا ترى انه لو تجوز بها فى الصرف والسلم لا يجوز وان كان الاذن بالقبض على تقدير استيفاء الحق وقد تبين انه لم يستوف فتبين انه لم يكن آذناله بالقبض ولا راضيا به فكان له ولاية الاسترداد ولو كان المشترى تصرف فيه فلا سبيل للبائع عليه سواء كان تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والرهن والاجارة ونحوها أو لا يكون كالاعتاق ونحوه بخلاف ما اذا قبضه بغير اذن البائع قبل نقد الثمن وتصرف فيه تصرفا يحتمل الفسخ انه يفسخ ويسترد لان هناك لم يوجد الاذن بالقبض فكان التصرف فى المبيع ابطالا لحقه فيرد عليه اذا كان محتملا للرد وههنا وجد الاذن بالقبض فكان تصرف المشترى حاصلا عن تسليط البائع فنفذ وبطل حقه فى الاسترداد كالمقبوض على وجه البيع الفاسد اذا تصرف فيه المشترى انه يبطل حق البائع فى الفسخ الا أن فى البيع الفاسد اذا أجر المبيع تفسخ الاجارة وههنا لا تفسخ لان الاجارة تفسخ بالعذر وقد تحقق العذر فى البيع الفاسد لانه مستحق الفسخ حقا للشرع دفعا للفساد فجعل استحقاق الفسخ بسبب الفساد عذرا فى فسخ الاجارة ولا فساد ههنا فلا عذر فى الفسخ فلا يفسخ ولو كان مكان البيع كتابة فادى المكاتب بدل الكتابة فعتق ثم وجد المولى المقبوض زيوفا أو مستحقا فالعتق ماض فان وجده ستوقا أو رصاصا لا يعتق لما ذكرنا أن الزيوف من جنس حقه فصار بقبضها قابضا أصل حقه وكذا قبض الدراهم المستحقة وقع صحيحا ظاهرا واحتمال الاجازة بعد ظهور الاستحقاق ثابت أيضا والعتق بعد ثبوته ظاهرا لا يحتمل الفسخ بخلاف ما اذا وجدها ستوقا أو رصاصا لان ذلك ليس من جنس حقه أصلا ورأسا فلم يوجد أداء بدل الكتابة فلا يعتق ويتحقق الفرق بينهما اذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفى حقه فقبض ثم وجد المقبوض بعد الافتراق زيوفا أو مستحقا فرد الزيوف أو أخذ المالك المستحقة بر فى يمينه وان وجده ستوقا أو رصاصا حنث فى يمينه والله عز وجل أعلم ولو قبض المشترى المبيع باذن البائع ثم أفلس أو مات قبل نقد الثمن أو بعد ما نقد منه شيأ وعليه ديون لاناس شتى هل يكون البائع أحق به من سائر الغرماء اختلف فيه قال أصحابنا لا يكون له بل الغرماء كلهم أسوة فيه فيباع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص وقال الشافعى رحمه الله البائع أحق به وان لم يكن قبضه حتى أفلس أو مات فان كان الثمن مؤجلا فهو على هذا الاختلاف وان كان حالا فالبائع أحق به بالاجماع احتج الشافعى بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا أفلس المشترى فوجد البائع متاعه عنده فهو أحق به وهذا نص فى الباب ولان العجز عن تسليم المبيع يوجب حق الفسخ للمشترى بالاجماع فان من باع عبداً فأبق قبل القبض أو غصب أو كانت دابة فضلت للمشترى أن يفسخ البيع والعجز عن تسليم الثمن يوجب الفسخ للبائع أيضا لان البيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضات على المساواة (ولنا) ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال من باع بيعا فوجده وقد أفلس الرجل فهو ماله بين غرمائه وهذا نص وهو عين مذهبنا ولان البائع لم يكن له حق حبس المبيع حال كون المشترى حيا مليا فلا يكون أحق بثمنه بعد موته وافلاسه لان الثمن بدل المبيع قائم مقامه واعتبار الثمن بالمبيع غير سديد لان بينهما مفارقة فى الاحكام ألا ترى ان ملك المبيع شرط جواز العقد وملك الثمن ليس بشرط فانه لو اشترى شيأ بدراهم لا يملكها جاز ولو باع شيأ لا يملكه لا يجوز وكذا لا يجوز التصرف فى المبيع المنقول قبل القبض والتصرف فى الثمن قبل القبض جائز وغير ذلك من الاحكام فكان اعتبار الثمن بالمبيع على الاطلاق فاسد والحديث محمول على ما اذا قبض المبيع بغير اذن البائع وعندنا البائع أحق به فى هذه الحالة الا أنه ذكر الافلاس وان كان حق الاسترداد لا يتقيد به لان الملىء يتمكن من دفع الاسترداد بنقد الثمن والمفلس لا يتمكن من ذلك فكان ذكر الافلاس مفيدا فحملناه على ما قلنا توفيقا بين الدلائل والله عز وجل الموفق (ومنها) وجوب

الاستبراء فى شراء الجارية وجملة الكلام فيه ان الاستبراء نوعان نوع هو مندوب ونوع هو واجب (أما) المندوب اليه فهو استبراء البائع اذا وطئ جارية وأراد أن يبيعها أو يخرجها عن ملكه بوجه من الوجوه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله هو واجب (وجه) قوله أنه يحتمل شغل الرحم بماء البائع فيلزمه التعرف عن ذلك بالاستبراء كما فى جانب المشترى (ولنا) أن سبب الوجوب لم يوجد فى حق البائع على ماتذكر والاعتبار بالمشترى غير سديد لان الوجوب عليه لصيانة مائه عن الاختلاط بماء البائع والخلط يحصل بفعل المشترى لا بفعل البائع فتجب الصيانة عليه بالاستبراء لا على البائع الا انه يندب اليه لتوهم اشتغال رحمها بمائه فيكون البيع قبل الاستبراء مباشرة شرط الاختلاط فكان الاستبراء مستحبا وكذا اذا وطئ أمته أو مدبرته أو أم ولده ثم أراد أن يزوجها من غيره يستحب أن لا يفعل حتى يستبرئها لما قلنا واذا زوجها قبل الاستبراء أو بعده فللزوج أن يطأها من غير استبراء وقال محمد رحمه الله أحب الى أن يستبرئها بحيضة ولست أوجبه عليه وكذلك الرجل اذا رأى امرأة تزنى ثم تزوجها له أن يطأها من غير استبراء وقال محمد أحب الى أن لا يطأها حتى يستبرئها ويعلم فراغ رحمها والله عز وجل أعلم (وأما) الاستبراء الواجب فهو استبراء المشترى وكل من حدث له حل الاستمتاع بالجارية بحدوث ملك اليمين مطلقا والكلام فيه فى مواضع فى بيان وجوب هذا النوع من الاستبراء وفى بيان سبب وجوبه وفى بيان ما يقع به الاستبراء (أما) الاول فالاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة والنص الوارد فى السبي يكون واردا فى سائر أسباب الملك دلالة ولان الاستبراء طلب براءة الرحم وانه واجب على المشترى لان به يقع الصيانة عن الخلط والخلط حرام لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره والصيانة عن الحرام تكون واجبة ولا تقع الصيانة الا بالاستبراء فيكون واجبا ضرورة فلا يحل له وطؤها قبل الاستبراء ولا أن يلمسها بشهوة أو ينظر الى فرجها عن شهوة لان كل ذلك داع الى الوطء والوطء اذا حرم حرم بدواعيه كما فى باب الظهار وغيره بخلاف الحائض حيث لم تحرم الدواعى منها لان المحرم هناك ليس هو الوطء بل استعمال الاذى والوطء حرام لغيره وهو استعمال الاذى ولا يجوز ذلك فى الدواعى فلا يجوز والله عز وجل أعلم (وأما) سبب وجوبه فهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين مطلقا يعنى به ملك الرقبة واليد بأى سبب حدث الملك من الشراء والسبي والصدقة والهبة والارث ونحوها فلا يجب الاستبراء على البائع لانعدام السبب وهو حدوث الحل ويجب على المشترى لوجود سببه سواء كان بائعه ممن يطأ أو ممن لا يطأ كالمرأة والصبي الذى لا يعقل وسواء كانت الجارية بكرا أو ثيبا فى ظاهر الرواية لما قلنا وروى عن أبى يوسف انه اذا علم المشترى انها لم توطأ لا يجب الاستبراء لان الاستبراء طلب براءة الرحم وفراغها عما يشغلها ورحم البكر برية فارغة عن الشغل فلا معنى لطلب البراءة والفراغ (والجواب) أن الوقوف على حقيقة الشغل والفراغ متعذر فتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين مطلقا وقد وجد ولا يجب على من حرم عليه فرج أمته بعارض الحيض والنفاس والردة والكتابة والتزويج اذا زالت هذه العوارض بان طهرت وأسلمت وعجزت فطلقها الزوج قبل الدخول بها لان حل الاستمتاع لم يحدث بل كان ثابتا لكن منع منه لغيره وقد زال بزوال العوارض وكذا لم يحدث ملك اليمين فلم يوجد السبب ولا يجب بشراء جارية لا يحل فرجها بملك اليمين بان وطئها أبوه أو ابنه أو لمسها بشهوة أو نظر الى فرجها لا بشهوة أو كان هو وطئ أمها أو ابنتها أو نظر الى فرجها عن شهوة أو كانت مرتدة أو مجوسية ونحو ذلك من الفروج التى لا تحل بملك اليمين لان فائدة الاستبراء التمكن من الاستمتاع بعد حصول انعدام مانع معين منه وهو اختلاط الماءين والاستبراء فى هذه المواضع لا يفيد التمكن من الاستمتاع لوجود مانع آخر وهو ان المحل لا يحتمل الحل ولا يجب على العبد والمكاتب والمدبر لانعدام

حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين لعدم الملك لهم قال النبي عليه الصلاة والسلام لا يتسرى العبد ولا يسريه مولاه ولا يملك العبد ولا المكاتب شيأ الا الطلاق ولو اشترى جارية من عبده المأذون ينظر ان لم يكن على العبد دين أصلا أو عليه دين غير مستغرق لا يجب عليه ان يستبرئها اذا كانت حاضت عند العبد و يجتزى بتلك الحيضة لان كسب المأذون الذى لا دين عليه أو عليه دين غير مستغرق ملك المولى فقد حاضت فى ملك نفسه فيجتزى بها عن الاستبراء وان كان عليه دين مستغرق رقبته وكسبه يجب عليه الاستبراء عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب عليه بناء على ان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون دينا مستغرقا عنده وعندهما يملكه ولو تبايعا بيعاً صحيحاً ثم تقايلا فان كانت الاقالة قبل القبض فالقياس ان يجب الاستبراء على البائع وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله وفى الاستحسان لا يجب وهو رواية محمد عن أبى حنيفة رحمهما الله وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (وجه) القياس أنه وجد سبب الوجوب فى حقه وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين حقيقة وانكار الحقائق مكابرة (وجه) الاستحسان ان الاقالة قبل القبض فسخ والفسخ رفع من الاصل واعادة الى قديم الملك كانه لم يزل عن ملك البائع فلم يوجد السبب مع ما ان الملك قبل القبض غير متأكد والتأكيد اثبات من وجه فلم يتكامل الملك للمشترى فلم يحدث ملك اليمين للبائع على الاطلاق فلم يتكامل السبب وان كانت الاقالة بعد القبض يجب (أما) عند أبى يوسف فلان الاقالة بيع جديد فكانت استحداثا للملك مطلقاً (وأما) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كانت فسخاً لكن فى حق العاقدين فاما فى حق ثالث فبيع جديد والاستبراء يجب حقاً للشرع فاعتبر حق الشرع ثالثاً فى حق وجوب الاستبراء احتياطاً ولو رد الجارية بعيب أو خيار رؤية يجب الاستبراء على البائع لوجود السبب وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين لان خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنع ثبوت الملك للمشترى (وأما) الرد بخيار الشرط فينظر فيه ان كان الخيار للبائع فلا يجب الاستبراء بالاجماع لان خياره لا يمنع زوال السلعة عن ملكه فلم يوجد حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين وان كان الخيار للمشترى لا يجب الاستبراء على البائع عند أبى حنيفة رحمه الله سواء كان الرد قبل القبض أو بعده بناء على ان خيار المشترى يمنع دخول السلعة فى ملكه عند أبى حنيفة واذا لم تدخل فى ملك المشترى وان خرجت عن ملك البائع فلانها لم تخرج و بقيت على ملكه فلم يوجد سبب الوجوب (وأما) عندهما فان كان الرد قبل القبض فالقياس أن يجب لانها زالت عن ملك البائع ودخلت فى ملك المشترى فاذا ردت عليه فقد وجد سبب الوجوب فى حق البائع وفى الاستحسان لا يجب لان الرد قبل القبض فسخ محض و رفع للعقد من الاصل كانه لم يكن وان كان بعد القبض يجب الاستبراء قياساً واستحسانا لانها دخلت فى ملك المشترى وان كان المبيع فاسداً ففسخ و ردت الجارية الى البائع فان كان قبل القبض فلا استبراء على البائع لانها على ملكه فلم يحدث له الحل وان كان بعده فعليه الاستبراء بالاجماع لوجود السبب ولو أسر العدو الجارية ثم عادت الى المالك فان كان قبل الاحراز بدار الحرب فلا استبراء على المالك لانعدام السبب وهو حدوث الحل بحدوث الملك وان كان بعد الاحراز بدارهم وجب لوجود السبب ولو أبقت من دار الاسلام الى دار الحرب وأخذها الكفار ثم عادت الى صاحبها بوجه من الوجوه فلا استبراء عليه عند أبى حنيفة لانهم لم يملكوها فلم يوجد السبب وعندهما عليه الاستبراء لانهم ملكوها لوجود السبب ولو اشترى جارية مع غيره فلا استبراء عليهما لانعدام السبب وهو حدوث الحل اذ لا تحل لاحدهما ولو اشترى جارية ولها زوج فقبضها وطلقها الزوج قبل الدخول بها فلا استبراء على المشترى لانه لم يوجد السبب وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين وقت الشراء لقيام فراش الزوج و بعد زوال الفراش لم يحدث سبب حدوث الحل وهو ملك اليمين وذكر الكرخى رحمه الله ان على قول أبى يوسف يجب الاستبراء على المشترى ومن هذا استخرجوا الاسقاط الاستبراء حيلة وهى أن يزوج البائع الجارية ممن يجوز له نكاحها ولم يكن تحته حرة ونحو ذلك من الشرائط ثم يبيعها و يسلمها الى

المشترى ثم يطلقها الزوج قبل الدخول بها فتحل للمشترى من غير استبراء وان طلقها الزوج قبل القبض ثم قبضها المشترى لا يحل له وطؤها حتى يستبرئها وحيلة أخرى لاسقاط الاستبراء أن يزوجها البائع من المشترى قبل الشراء والمشترى ممن يجوز له نكاحها بان لم يكن تحته حرة ونحو ذلك ثم يشتريها فيفسد النكاح ويحل له وطؤها من غير استبراء وهذا الوجه الثانى أولى لانه يسقط عنه جميع المهر وفى الوجه الاول على الزوج المطلق نصف المهر للبائع فيحتاج الى ابرائه عنه ولو كانت الجارية فى عدة من زوجها عدة طلاق أو عدة وفاة فاشتراها وقبضها ثم انقضت عدتها فلا استبراء عليه لان قيام العدة بمنزلة قيام النكاح ولو كانت منكوحة فطلقها قبل الدخول بها لم يجب الاستبراء كذا هذا وعلى ما ذكره الكرخى رحمه الله على قول أبى يوسف يجب الاستبراء فان انقضت عدتها قبل القبض لم يعتد بذلك ولا تحل له حتى يستبرئها بعد القبض بحيضة أخرى فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه يعتد بذلك كما يعتد بالحيضة قبل القبض عنده وعلى هذا يخرج عدم وجوب الاستبراء فى النكاح حتى ان من تزوج جارية فللزوج أن يطأها من غير استبراء لان السبب لم يوجد وهو حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين وقال محمد أحب الى أن يستبرئها بحيضة ولست أوجبها عليه وذكر الكرخى رحمه الله وقال لا استبراء عليه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وقال أبو يوسف استبرأ بها الزوج استحسانا (وجه) قول أبى يوسف ان المعنى الذى له وجب الاستبراء فى ملك اليمين موجود فى ملك النكاح وهو التعرف عن براءة الرحم فوجب الاستبراء فى الملكين ولابى حنيفة ان جواز نكاحها دليل براءة رحمها شرعا فلا حاجة الى التعرف بالاستبراء وما ذكره محمد نوع احتياط وهو حسن وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضت فى يد البائع حيضة أنه لا يجتزى بها فى الاستبراء فى ظاهر الرواية حتى لو قبضها لا تحل له حتى يستبرئها بحيضة أخرى لانه لم يحدث له حل الاستمتاع قبل القبض ولا حدث له ملك اليمين على الاطلاق لانعدام اليد وهذا لان الملك قبل القبض غير متأكد والتأكد اثبات من وجه فكان له حكم العدم من وجه فلم يجب به الاستبراء وروى عن أبى يوسف أنه يجتزى بها ولا استبراء لان الحيضة قبل القبض تصلح دليلا على فراغ رحمها فحصل المقصود من الاستبراء فيكتفى بها (وأما) بيان ما يقع به الاستبراء فنقول وبالله التوفيق الجارية فى الاصل لا يخلو اما ان كانت ممن تحيض واما ان كانت ممن لا تحيض فان كانت ممن تحيض فاستبراؤها بحيضة واحدة عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وعن معاوية رضى الله عنه ان استبراءها بحيضتين لان الاستبراء أخت العدة وعدتها حيضتان والصحيح قول العامة لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة والفعلة للمرة والتقدير الشرعى يمنع من الزيادة عليه الا بدليل ولان ما شرع له الاستبراء وهو حصول العلم بطهارة الرحم يحصل بحيضة واحدة فكان ينبغى أن لا يشترط العدد فى باب العدة أيضا الا أنا عرفناذلك نصا بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص وان كانت ممن لا تحيض فلا يخلو اما ان كانت لا تحيض لصغر أو لكبر واما ان كانت لا تحيض لعلة وهى الممتد طهرها (واما) ان كانت لا تحيض لحبل فان كانت لا تحيض لصغر أو لكبر فاستبراؤها بشهر واحد لان الاشهر أقيمت مقام الاقراء فى حق الآيسة والصغيرة فى العدة فكذا فى باب الاستبراء وان كانت لا تحيض لعلة فقد اختلفوا فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يطؤها حتى يعلم انها غير حامل ولم يوقت فى ذلك وقتا وقال أبو يوسف يستبرئها بثلاثة أشهر أو أربعة أشهر وعن محمد روايتان فى رواية قال يستبرئها بشهرين وخمسة أيام عدة الاماء وفى رواية قال يستبرئها بأربعة أشهر وعشر مدة عدة الحرائر وقال زفر يستبرئها بسنتين لان الولد الموجود فى البطن لا يبقى أكثر من سنتين فاذا مضت سنتان ولم يظهر بها حمل علم أنها غير حامل ويحتمل أن يكون هذا تفسير قول أبى حنيفة لا يطؤها حتى يعلم أنها غير حامل وهو اختيار الطحاوى ويحتمل أن يكون ما قاله أبو يوسف تفسيرا لقوله لانها مدة يعلم فيها أنها ليست بحامل لان الحبل يظهر فى مثل هذه المدة لو كان لظهور آثاره من انتفاخ البطن وغير ذلك فيدل عدم الظهور على براءة رحمها وان كانت لا تحيض لحبل بها فاستبراؤها بوضع الحمل بعد القبض

لان وضع الحمل فى الدلالة على فراغ رحمها فوق الحيضة فاذا وضعت حملها حل له أن يستمتع بها فيما سوى الجماع مادامت فى نفاسها كما فى الحائض فان وضعت حملها قبل القبض ثم قبضها لا يطؤها حتى يستبرئها ولا يجتزى بوضع الحمل قبل القبض كما يجتزى بالحيضة قبل القبض وعلى قياس ما روى عن أبى يوسف يجتزى به كما يجتزى بالحيضة قبل القبض والله عز وجل أعلم ثم ماذكرنا من الحكم الاصلى للبيع وما يجرى مجرى التوابع للحكم الاصلى كما يثبت فى المبيع يثبت فى زوائد المبيع عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يثبت شئ من ذلك فى الزوائد والكلام فيه مبنى على أصل وهو ان زوائد المبيع مبيعة عندنا سواء كانت منفصلة أو متصلة متولدة من الاصل أو غير متولدة منه الا الهبة والصدقة والكسب وعنده ليست بمبيعة أصلا وانما تملك بملك الاصل لا بالبيع السابق (وجه) قول الشافعى رحمه الله فى اثبات هذا الاصل ان المبيع ما أضيف اليه البيع ولم توجد الاضافة الى الزوائد لكونها منعدمة عند البيع فلا تكون مبيعة ولهذا لم يكن الكسب مبيعا ولان المبيع ما يقابله ثمن اذ البيع مقابلة المبيع بالثمن والزيادة لا يقابلها ثمن لان كل الثمن مقابل بالاصل فلم تكن مبيعة كالكسب ولهذا لم تجز الزيادة عنده فى المبيع والثمن (ولنا) ان المبيع ما يثبت فيه الحكم الاصلى للبيع والحكم الاصلى للبيع يثبت فى الزوائد بالبيع السابق فكانت مبيعة وبيان ذلك ان الحكم الاصلى للبيع هو الملك والزوائد مملوكة بلا خلاف والدليل على انها مملوكة بالبيع السابق ان البيع السابق أوجب الملك فى الاصل ومتى ثبت الملك فى الاصل ثبت فى التبع فكان ملك الزيادة بواسطة ملك الاصل مضافا الى البيع السابق فكانت الزيادة مبيعة ولكن تبعا لثبوت الحكم الاصلى فيها تبعا وعلى هذا الاصل مسائل بيننا وبين الشافعى رحمه الله (منها) ان للبائع حق حبس الزوائد لاستيفاء الثمن كما له حق حبس الاصل عندنا وعنده ليس له أن يحبس الزوائد (ومنها) ان البائع اذا أتلف الزيادة سقطت حصتها من الثمن عن المشترى عندنا كما لو أتلف جزأ من المبيع وعنده لا يسقط شئ من الثمن وعليه ضمانها كما لو أتلفها أجنبى ولا خيار للمشترى عند أبى حنيفة وعندهما يثبت على مامر وكذا اذا أتلف الارش أو العقر قبل القبض عندنا لانه بدل الجزء الفائت فكان حكمه حكم الجزء ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية لا يسقط شئ من الثمن بالاجماع وان كانت مبيعة عندنا لانها مبيعة تبعا بمنزلة أطراف الام لا مقصودا والاطراف كالاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن الا ان تصير مقصودة بالفعل من القبض أو الجناية ولم يوجد ولا خيار للمشترى لان الصفقة لم تتفرق عليه لان العقد ما أضيف اليها وانما يثبت حكم العقد فيها تبعا فلا يثبت الخيار الا فى ولد الجارية اذا هلك قبل القبض بآفة سماوية فانه يثبت الخيار للمشترى لا لهلاك الزيادة بل لحدوث نقصان فى الام بسبب الولادة وكذا الاخيار بحدوث زيادة ما قبل القبض الا فى ولد الجارية لاجل نقصان الام بالولادة لا لحدوث الزيادة (ومنها) ان المشترى اذا قبض الزوائد يصير لها حصة من الثمن بالقبض عندنا فيقسم الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض حتى لو اطلع المشترى على عيب بالاصل فانه يرده بحصته من الثمن لا بجميع الثمن عندنا وعنده لا حصة للزيادة من الثمن بحال وعند ظهور العيب بالاصل يرد بكل الثمن ولا يكون بازاء الزيادة شئ وكذا اذا وجد بالزيادة عيبا يردها بحصتها من الثمن وعنده لا يردها بالعيب أصلا وكذا المشترى اذا أتلف الزيادة قبل القبض يصير لها حصة من الثمن عندنا لانه صار قابضا له بالاتلاف وبالقبض يصير لها حصة من الثمن على ماذكرنا وعنده لا حصة لها من الثمن بحال ولو هلك الاصل وبقيت الزيادة يبقى العقد فى قدر الزيادة عندنا ويصير لها حصة من الثمن فينقسم الثمن على الاصل يوم العقد وعلى الزيادة يوم الهلاك فيبطل ملك الثمن بقدر قيمة الاصل ويبقى بحصة الزيادة بخلاف ما اذا هلك قبل حدوث الزيادة حيث ينفسخ العقد أصلا ورأسا ويسقط كل الثمن لان هناك لا فائدة فى بقاء العقد اذ لو بقى لطلب البائع من المشترى الثمن فيطلب المشترى منه تسليم المبيع ولا يمكنه تسليمه فينفسخ ضرورة لانعدام فائدة البقاء واذا بقيت الزيادة كان فى بقاء العقد فى الزيادة فائدة لامكان تسليمها فبقى العقد فيها وصار لها حصة من الثمن فينقسم على الاصل والزيادة على ماذكرنا وعنده اذا هلك الاصل انفسخ العقد أصلا ورأسا (ومنها)

انه اذا أتلفها أجنبي وضمنها بلا خلاف فالمشترى بالخيار عندنا ان شاء اختار الفسخ ويرجع البائع على الجانى بضمان الجناية وان شاء اختار المبيع واتبع الجانى بالضمان وعليه جميع الثمن كما لو أتلف الاصل وعنده عليه الضمان ولا خيار للمشترى (ومنها) اذا اشترى نخلا بكر من تمر فلم يقبض النخل حتى أثمر النخل كرا فقبض النخل مع الكر الحادث لا يطيب الكر وعليه أن يتصدق به عندنا لان التمر الحادث عندنا زيادة متولدة من المبيع فكان مبيعا وله عند القبض حصة من الثمن كما لغيره من الزوائد والتمر من جنسه زيادة عليه فلو قسم على النخل والكر الحادث يصير ربا فيفسد البيع فى الكر الحادث ولا يفسد فى النخل بخلاف ما اذا باع نخلا وكرا من تمر بكر من تمر ان العقد يفسد فى التمر والنخل جميعا لان هناك الربا دخل فى العقد باشتراطهما وصنعهما لان بعض المبيع مال الربا وهو التمر والتمر مقسوم عليهما فيتحقق الربا وادخال الربا فى العقد يفسد العقد كله وههنا البيع كان صحيحاً فى الاصل لان الثمن خلاف جنس المبيع وهو النخل وحده الا انه لما زاد بعد العقد صار ربيعاً فى حال البقاء لا بصنعهما فيفسد فى الكر الحادث ويقتصر الفساد عليه (ومنها) اذا اشترى عبداً بألف درهم يساوى ألفين فقتل قبل القبض فاختار البيع واتباع الجانى فأخذ قيمته ألفين يتصدق بالالف الزائد عندنا لانه ربح ما لم يضمن وعنده لا يتصدق بشئ والله عز وجل أعلم (ومنها) اذا غصب كر حنطة فابتلت فى يد الغاصب وانتفخت حتى صارت كرا ونصف كر ضمن للمالك كرا مثله فانه يملك ذلك الكر ونصف الكر عندنا لكن يتصدق بنصف الكر الزائد وطاب له ما بقى لأن الملك عندنا يثبت من وقت الغصب بالضمان والزيادة بالانتفاخ حصلت بعد ذلك فتعتبر بالزيادة المتولدة وعند الشافعى رحمه الله فى هذا الفصل يرد الكل لان المضمونات عنده لا تملك بالضمان (ومنها) ان الزوائد الحادثة بعد القبض مبيعة أيضاً عندنا حتى لو وجد المشترى بالاصل عيباً فالزيادة تمنع الرد والفسخ بالعيب وبسائر أسباب الفسخ على ما نذكره فى خيار العيب فى بيان الاسباب المانعة من الرد بالعيب ان شاء الله تعالى وعنده ليست بمبيعة فى أى حال حدثت ولا تمنع رد الاصل بالعيب بكل الثمن ولو اشترى أرضا فيها أشجار مثمرة فان كان عليها ثمر وسماه حتى دخل فى البيع فالثمر له حصة من الثمن بلا خلاف حتى لو كانت قيمة الارض خمسمائة وقيمة الشجر خمسمائة وقيمة الثمر كذلك فان الثمن يقسم على الكل أثلاثا بالاجماع لان الكل معقود عليه مقصود الورود فعل العقد على الكل فان كان للثمر حصة من الثمن حتى لو هلك بآفة سماوية أو بفعل البائع بأن أكله يسقط عن المشترى ثلث الثمن وله الخيار ان شاء أخذ الارض والشجر بثلثى الثمن وان شاء ترك لان الثمر لما كان مبيعاً مقصوداً بهلاكه تفرقت الصفقة على المشترى قبل التمام فيثبت الخيار وان لم يكن الثمر موجودا وقت العقد وحدث بعده قبل القبض فأكله البائع فقد صار له حصة من الثمن عندنا لصيرورته مبيعا مقصوراً بالاتلاف على ما بينا لكن الكلام فى كيفية أخذ الحصة فاختلف أصحابنا فيها قال أبو حنيفة ومحمد يأخذ الحصة من الشجر والارض جميعاً فيقسم الثمن على الشجر والارض والثمر اثلاثا فيسقط ثلث الثمن باتلاف البائع وقال أبو يوسف يأخذ الحصة من الشجر خاصة فيقسم الثمن على قيمة الارض والشجر ثم ما أصاب الشجر يقسم عليه يوم العقد وعلى قيمة الثمر يوم الاتلاف فيسقط بيانه اذا كانت قيمة الارض ألفاً وقيمة الاشجار ألفاً وقيمة الثمر كذلك فأكل البائع الثمر قبل القبض يسقط عن المشترى ثلث الثمن عندهما ويأخذ الارض والاشجار بثلثى الثمن ولا خيار له عند أبى حنيفة خاصة وعند محمد له الخيار ان شاء أخذ الارض والشجر بثلثى القيمة وان شاء ترك وعند أبى يوسف يسقط عن المشترى ربع الثمن فيقسم الثمن على الاشجار والارض نصفين ثم ما أصاب الشجر يقسم عليه وعلى الثمر نصفين فكان حصة الثمر ربع الثمن فيسقط ذلك كله وله الخيار ان شاء أخذ الارض والشجر بثلاثة أرباع الثمن وان شاء ترك (وجه) قول أبى يوسف ان الثمر تابع للشجر لان الثمر متولد منها فيأخذ الحصة منها كما لو اشترى جارية مع ولدها فولدت مع ولدها ولداً آخر فالولد الثانى يكون له حصة من الولد الاول ولهما ان الشجر تابع للارض فى البيع بدليل انه يدخل فى الارض من غير تسمية ولو هلكت بعد ما دخلت قبل القبض

لا يسقط شيء من الثمن دل انها تابعة وما كان تابعاً لغيره في حكم لا يستتبع غيره في ذلك الحكم فكان نظير مسئلتنا مالو شترى جارية فولدت ولداً قبل القبض ثم ولد ولدها ولداً لا يكون للولد الثاني حصة من الولد الاول لان الاول في نفسه تابع فلا يستتبع غيره كذا ههنا والله عز وجل أعلم ويتصل بما ذكرنا الزيادة في المبيع والثمن والحط عن الثمن والكلام فيهما في ثلاثة مواضع أحدها في أصل الجواز انهما جائزان أم لا والثاني في شرائط الجواز والثالث في كيفية الجواز (اما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا الثلاثة الزيادة في المبيع والثمن جائزة مبيعاً وثمناً كأن العقد ورد على المزيد عليه والزيادة جميعاً من الابتداء وقال زفر لا تجوز الزيادة مبيعاً وثمناً ولكن تكون هبة مبتدأة فان قبضها صارت ملكاله والا تبطل وأظهر أقوال الشافعي رحمه الله مثل قولنا ان كان في مجلس العقد وان كان بعد الافتراق فقوله مثل قول زفر وصورة المسئلة اذا اشترى رجل عبداً بألف درهم وقال المشتري زدتك خمسمائة أخرى ثمناً وقبل البائع أو قال البائع زدتك هذا العبد الآخر أو قال هذا الثوب مبيعاً وقبل المشتري جازت الزيادة كان الثمن في الاصل ألف وخمسمائة والمبيع في الاصل عبدان أو عبد وثوب سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده وكذلك اذا اشترى عبدين بألف درهم ثم زاد المشتري في الثمن مائة درهم جازت الزيادة كان الثمن في الاصل ألف ومائة تنقسم الزيادة على قيمتهما وكذلك لو كان لعبد ثمن مسمى أو كان لكل واحد منهما ثمن مسمى وزاد المشتري في الثمن مائة مطلقاً انقسمت الزيادة على قدر القيمتين وعلى هذا الخلاف الزيادة في القيمتين من الوارثين بعد موت العاقدين لان الوارث خلف المورث في ملكه القائم بعد موته ألا ترى انه يرد بالعيب ويرد عليه كان الوارث حي قائم فزاد وعلى هذا الخلاف الزيادة من الوكيل لانه يتصرف بتولية مستفادة من قبل الموكل وأما الزيادة من الاجنبي فلا شك ان عندهما لا تجوز وأما عندنا فان زاد بامر العاقد جاز لانه وكيله في الزيادة وان زاد بغير أمره وقفت الزيادة على اجازته ان أجاز جازت وان رد بطلت الا أن يضمن الزائد الزيادة فيجوز ولا يتوقف على اجازة العاقد وان لم يحصل للاجنبي بمقابلة الزيادة شيء وعلى هذا قالوا فيمن اشترى عبدا بألف درهم على أن خمسمائة سوى الالف على رجل ضمنه وقبل فالعبد للمشتري والخمسمائة على الثالث من غير أن يستحق شيأ بالخمسمائة وذكر في الجامع الصغير اذا قال الرجل بع هذه الدار من فلان بألف درهم على اني ضامن لك من الثمن خمسمائة ان البيع على هذا الشرط صحيح والخمسمائة على الاجنبي ولو قال على اني ضامن لك خمسمائة ولم يقل من الثمن كان باطلا لا يلزمه شيء وعلى هذا الخلاف الزيادة في المهر المسمى في النكاح وأما الزيادة في المنكوحة بالمهر الاول فلا تجوز بالاجماع وعلى هذا الخلاف الزيادة في رأس مال السلم وأما الزيادة في المسلم فيه فلا تجوز بالاجماع وعلى هذا الخلاف الزيادة في الرهن وأما الزيادة في الدين فلا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد استحساناً وعند أبي يوسف جائز قياساً والفرق لابي حنيفة ومحمد بين الزيادة في الرهن وبين الزيادة في الدين نذكره في كتاب الرهن وعلى هذا الخلاف حط بعض الثمن انه جائز عندنا ويلتحق بأصل العقد والثمن هذا القدر من الابتداء حتى ان المبيع اذا كان دارا فالشفيع يأخذها بالشفعة بما بقي بعد الحط وعندهما هو هبة مبتدأة الا أن قيام الدين عليه أو كونه قابلا لاستئناف العقد ليس بشرط لصحة الحط بلا خلاف بين أصحابنا وفي الزيادة خلاف نذكره ان شاء الله تعالى (وجه) قول زفر والشافعي رحمهما الله ان الثمن والمبيع من الاسماء الاضافية المتقابلة فلا يتصور مبيع بلا ثمن ولا ثمن بلا مبيع فالقول بجواز المبيع والثمن مبيعاً وثمناً قول بوجود المبيع ولا ثمن والثمن ولا مبيع لان المبيع اسم لمال يقابل ملك المشتري وهو الثمن والثمن اسم لمال يقابل ملك البائع وهو المبيع فالزيادة من البائع لو صحت مبيعا لا تقابل ملك المشتري بل تقابل ملك نفسه لانه ملك جميع الثمن ولو صحت من المشتري ثمنا لا تقابل ملك البائع بل تقابل ملك نفسه لانه ملك جميع المبيع فلا تكون الزيادة مبيعا وثمنا لانعدام حقيقة المبيع والثمن فيجعل منه هبة مبتدأة ولان كل المبيع لما صار مقابلا بكل الثمن وكل الثمن مقابل بكل المبيع فالزيادة لو صحت مبيعا وثمنا لخلت عما يقابله فكانت فضل مال خال عن العوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا (ولنا)

فى الزيادة فى المهر قوله تعالى فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة أى من بعد تلك الفريضة لان النكرة اذا أعيدت معرفة يراد بالثانى غير الاول أمر الله سبحانه وتعالى بايتاء المهور المسماة فى النكاح وأزال الجناح فى الزيادة على المسمى لان ما يتراضاه الزوجان بعد التسمية هو الزيادة فى المهر فيدل على جواز الزيادة وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال للوازن زن وأرجح فانا معاشر الانبياء هكذا نزن وهذا زيادة فى الثمن وقد ندب عليه الصلاة والسلام اليها بالقول والفعل وأقل أحوال المندوب اليه الجواز وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال المسلمون عند شروطهم فظاهره يقتضى لزوم الوفاء بكل شرط الا ما خص بدليل لانه يقتضى أن يكون كل مسلم عند شرطه وانما يكون كذلك اذا لزمه الوفاء به وانما يلزمه اذا صحت الزيادة مبيعا وثمنا فاما اذا كانت هبة مبتدأة فلا يلزمه الوفاء لان العاقدين أوقعا الزيادة مبيعا وثمنا كما لو تبايعا ابتداء وهذا لان الاصل ان تصرف الانسان يقع على الوجه الذى أوقعه اذا كان أهلا للتصرف والمحل قابلا وله ولاية عليه وقد وجد وقولهما ان الثمن اسم لمال يقابل ملك البائع والمبيع اسم لمال يقابل ملك المشترى قلنا هذا ممنوع بل الثمن اسم لما أزال المشترى ملكه ويده عنه بمقابلة مال أزال البائع ملكه ويده عنه فيملك كل واحد منهما المال الذى كان ملك صاحبه بعد زوال ملكه عنه شرعا على ما عرف ثم نقول ما ذكراه حد المبيع والثمن بطريق الحقيقة والزيادة فى المبيع والثمن مبيع وثمن من حيث الصورة والتسمية ربح بطريق الحقيقة لان الربح حقيقة ما يملك بعقد المعاوضة لا بمقابلة ما هو مال حقيقة بل من حيث الصورة والتسمية والزيادة ههنا كذلك فكانت ربحا حقيقة فكان من شرطها أن لا تكون مقابلة بملك البائع الا تسمية وشرط الشىء كيف يمنع صحته على انه أمكن تحقيق معنى المقابلة والزيادة لان الموجب الاصلى فى البيع هو قيمة المبيع وهو ماليته لان البيع معاوضة بطريق المعادلة عرفا وحقيقة والمقابلة عند التساوى فى المالية ولهذا لو فسدت التسمية تجب القيمة عندنا والثمن تقدير لمالية المبيع باتفاق العاقدين واذا زاد فى المبيع أو الثمن علم أنهما أخطأ فى التقدير وغلط فيه وما هو الموجب الاصلى قد ثبت بالبيع فاذا بينا التقدير كان ذلك بيانا للموجب الاصلى الا أنه ابتداء ايجاب فكان عوضا عن ملك العين لا عن ملك نفسه وهذا الكلام فى المهر أغلب لان الموجب الاصلى فيه هو مهر المثل على ما عرفت على أنه ان كان لا يمكن تحقيق معنى المقابلة مع بقاء العقد على حاله يمكن تحقيقه مع تغيير العقد من حيث الوصف بأن يجعل الالف بعد الزيادة بمقابلة نصف العبد ليخلو النصف عن الثمن فتجعل الالف الزيادة بمقابلة النصف الخالى وهذا وان كان تغييرا ولكنهما قصدا تصحيح التصرف ولا صحة الا بالتغيير ولهما ولاية التغيير ألا ترى ان لهما ولاية الفسخ وانه فوق التغيير لان الفسخ رفع الاصل والوصف والتغيير تبديل الوصف مع بقاء أصل العقد فلما ثبت لهما ولاية الفسخ فولاية التغيير أولى ولهما حاجة الى التغيير لدفع الغبن أو لمقصود آخر فمتى اتفقا على الزيادة وقصدا الصحة ولا صحة الا بهذا الشرط يثبت هذا الشرط مقتضى تصرفهما تصحيحا له كما فى قول الرجل لغيره أعتق عبدك عنى بألف درهم وأما شرائط الجواز فمنها القبول من الآخر حتى لو زاد أحدهما ولم يقبل الآخر لم تصح الزيادة (ومنها) المجلس حتى لو افترقا قبل القبول بطلت الزيادة لان الزيادة فى المبيع والثمن ايجاب البيع فيهما فلا بد من القبول فى المجلس كما فى أصل الثمن والمبيع وأما الحط فلا يشترط له المجلس ولا القبول لانه تصرف فى الثمن بالاسقاط والابراء عن بعضه فيصح من غير قبول الا أنه يرتد بالرد كالابراء عن الثمن كله وأما كون الزيادة والمزيد عليه من غير أموال الربا فهل هو شرط لصحة الزيادة ثمنا ومبيعا وكذا كون الحط من غير أموال الربا هل هو شرط لصحته حطا وهل يؤثران فى فساد العقد على قول أبى حنيفة ليس بشرط ويؤثران فيه وعلى قول أبى يوسف شرط فيبطلان ولا يؤثران فى العقد وعلى قول محمد شرط فى الزيادة لا فى الحط على ما نذكر ولا يشترط قبض المبيع والثمن لصحة الزيادة فتصح الزيادة سواء كانت قبل قبض المبيع والثمن أو بعده وكذلك الحط لان دليل جواز الزيادة والحط لا يوجب الفصل وأما قيام المبيع وقت الزيادة فهل هو شرط لصحة الزيادة ذكر فى الجامع الكبير انه

شرط ولم يذكر الخلاف وروى أبو يوسف ومحمد عن أبى حنيفة رحمهم الله فى غير رواية الاصول انه ليس بشرط عنده حتى لو هلك المبيع فى يد المشترى أو استهلكه أو أعتقه أو دبره أو استولدها أو كان عصيرا فتخمر أو أخرجه المشترى عن ملكه جازت الزيادة عنده وعندهما لا تجوز (وجه) قولهما ان الزيادة تصرف فى العقد بالتغيير والعقد منعدم حقيقة الا أنه يعطى له حكم القيام لقيام أثره وهو الملك ولم يبق بهلاك العين حقيقة أو حكما فلم يبق العقد حقيقة وحكما فلا يحتمل التغيير بالزيادة لان الزيادة تثبت عندنا بطريق الاستناد والمستند يثبت للحال ثم يستند فلا بد وأن يجعل شيأ من المبيع بمقابلة الزيادة للحال ولا يتصور ذلك بعد هلاك المبيع فلا يحتمل الاستناد ولان الزيادة لا بد وأن يكون لها حصة ولا يتحقق ذلك بعد الهلاك ولابى حنيفة ماذكرنا ان الزيادة فى الثمن والمبيع لا تستدعى المقابلة لانها ربح فى الحقيقة وان كانت مبيعا وثمنا صورة وتسمية ومن شأن الربح أن لا يقابله شىء فلا يكون قيام المبيع شرطا لصحتها وقوله العقد منعدم عند الزيادة قلنا الزيادة عندنا تجعل كالموجود عند العقد والعقد عند وجوده يحتمل التغيير ان كانت الزيادة تغييرا على انا لا نسلم ان قيام المبيع شرط لبقاء البيع فان البيع بعد هلاك المبيع يحتمل الانتقاض فى الجملة بالرد بالعيب فان المشترى اذا اطلع على عيب كان به قبل الهلاك يرجع عليه بالنقصان والرجوع بالنقصان فسخ للبيع فى قدر الفائت بالعيب بعد هلاكه وهلاك جميع المعقود عليه دل ان العقد يجوز أن يبقى بعد هلاك المعقود عليه فى الجملة اذا كان فى بقائه فائدة وههنا فى بقائه فائدة فيبقى فى حقه كما فى حق الرجوع بنقصان العيب وعلى هذا الخلاف الزيادة فى مهر المرأة بعد موتها انها جائزة عندنا وعنده لا تجوز ولو اشترى عبدا بجارية وتقابضا ثم مات أحدهما ثم زاد أحدهما صاحبه جازت الزيادة عند أبى حنيفة وأبى يوسف أما عند أبى حنيفة رحمه الله فظاهر لان هلاك المبيع عنده لا يمنع الزيادة وأما عند أبى يوسف فلانهما تبايعا عينا بعين والعقد عنده اذا وقع على عين بعين فهلاك أحد العينين لا يمنع صحة الاقالة فلا يمنع صحة الزيادة ولو كان المبيع قائما لكن قطع رجل يده عند المشترى فاخذ ارشها ثم زاد المشترى فى الثمن شيأ جازت الزيادة (أما) عند أبى حنيفة فظاهر لان هلاك جميع المعقود عليه لا يمنع الزيادة فهلاك البعض أولى (وأما) عندهما فلان المعقود عليه قائم فكان العقد قائما فكان محتملا للتغيير بالزيادة ولو رهن المبيع أو آجره ثم زاد المشترى فى الثمن جازت الزيادة بلا خلاف بين أصحابنا على اختلاف الاصلين على ماذكرنا وقال محمد لو اشترى جارية وقبضها فماتت فى يده وزاد البائع المشترى جارية أخرى فالزيادة جائزة لان زيادة المبيع تثبت بمقابلة الثمن والثمن قائم ولو زاد المشترى البائع لم يجز لان زيادة الثمن تثبت مقابلة بالمبيع وأنه هالك وهذا على قياس قولهما ان قيام المبيع شرط لجواز الزيادة فهلاكه يكون مانعا أما على أصل أبى حنيفة فالزيادة فى الحالين جائزة لان قيام المبيع عنده ليس بشرط لصحة الزيادة فلا يكون هلاكه مانعا والله عز وجل أعلم (وأما) قيام المعقود عليه فليس بشرط لصحة الحط بالاجماع (أما) عند أبى حنيفة فظاهر لانه ليس بشرط لصحة الزيادة فالحط أولى (وأما) عندهما فلانه ليس من شرط صحة الحط أن يلتحق باصل العقد لا محالة ألا ترى أنه يصح الحط عن جميع الثمن فلا يلتحق اذ لو التحق لعرى العقد عن الثمن فلم يلتحق واعتبر حطا للحال ولان الحط ليس تصرف مقابلة ليشترط له قيام المحل القابل بل هو تصرف فى الثمن باسقاط شطره فلا يراعى له قيام المعقود عليه بخلاف الزيادة فلذلك اختلفا ثم الزيادة مع الحط يختلفان فى حكم آخر وهو ان الزيادة تنقسم على قدر قيمة المبيع والحط لا ينقسم كما لو اشترى عبدين من رجل بالف درهم وزاده المشترى مائة درهم فان الزيادة تنقسم على قدر قيمتهما سواء اشترى ولم يسم لكل واحد منهما ثمنا أو سمى وان حط البائع عن المشترى مائة درهم كان الحط نصفين وانما كان كذلك لان الثمن يقابل المبيع فاذا زاد فى ثمن المبيعين مطلقا فلا بد وان تقابلهما الزيادة كاصل الثمن والمقابلة فى غير أموال الربا تقتضى الانفساخ من حيث القيمة حكما للمعاوضة والمزاحمة كمقابلة أصل الثمن على ما بينا فيما تقدم بخلاف الحط فانه لا تعلق له بالمبيع لانه تصرف فى المبيع خاصة باسقاط بعضه فاذا حط من ثمنهما مطلقا فقد سوى بينهما فى الحط فكان الحط بينهما نصفين وان كان

ثمن أحدهما أكثر ولا يلتفت الى زيادة قدر الثمن لان الحط غير مقابل بالثمن حتى تعتبر قيمة القدر والله عز وجل أعلم (وأما) كيفية الجواز فالزيادة فى المبيع والثمن عندنا تلتحق باصل العقد كان العقد من الابتداء ورد على الاصل والزيادة جميعاً اذا لم يتضمن الالتحاق فساد أصل العقد بلا خلاف بين أصحابنا وكذلك الحط فاما اذا تضمن ذلك بأن كانت الزيادة فى الاموال الربوية فهل يلتحق به ويفسده أم لا يلتحق به وكذلك الحط اختلف أصحابنا فى ذلك قال أبو حنيفة رضى الله عنه الزيادة والحط يلتحقان باصل العقد ويفسدانه وقال أبو يوسف يبطلانه ولا يلتحقان باصل وأصل العقد صحيح على حاله وقال محمد الزيادة باطلة والعقد على حاله والحط جائز هبة مبتدأة وهذا بناء على أصل ذكرناه فيما تقدم ان الشرط الفاسد المتأخر عن العقد الصحيح اذا ألحق به هل يلتحق به ويؤثر فى فساده أم لا وهو على الاختلاف الذى ذكرنا ان الزيادة بمنزلة شرط فاسد متأخر عن العقد الصحيح ألحق به فابو يوسف يقول لا تصح الزيادة والحط فى أموال الربا لان ذلك لو صح لالتحق باصل العقد ولو التحق باصل العقد لاوجب فساد أصل العقد لتحقق الربا فلم يصح فبقى أصل العقد صحيحاً كما كان ومحمد يقول لا تصح الزيادة لما قاله أبو يوسف فلم تؤثر فى أصل العقد فبقى على حاله ويصح الحط لان الالتحاق من لوازم الزيادة فاما ليس من لوازم الزيادة فلا يصح الحط على ماذكرنا فيما تقدم وأبو حنيفة يقول الزيادة والحط صحيحان زيادة وحطا لان العاقدين أوقعاهما زيادة وحطا ولهما ولاية ذلك فيقعان زيادة وحطا ومن شأن الزيادة والحط الالتحاق بأصل العقد فيلتحقان به فكانت الزيادة والحط ههنا ابطالا للعقد السابق ولهما ولاية الابطال بالفسخ وكذا بالزيادة والحط والله عز وجل أعلم (وأما) البيع الذى فيه خيار فلا يمكن معرفة حكمه الا بعد معرفة أنواع الخيارات فنقول وبالله التوفيق الخيارات نوعان نوع يثبت شرطا ونوع يثبت شرعا لا شرطا والشرط لا يخلو اما أن يثبت نصا واما أن يثبت دلالة (اما) الخيار الثابت بالشرط فنوعان أحدهما يسمى خيار التعيين والثانى خيار الشرط (اما) خيار التعيين فالكلام فيه فى جواز البيع الذى فيه خيار التعيين قد ذكرناه فى موضعه وانما الحاجة ههنا الى بيان حكم هذا البيع والى بيان صفة الحكم والى بيان ما يبطل به الخيار بعد ثبوته ويلزم (اما) الاول فحكمه ثبوت الملك للمشترى فى أحد المذكورين غير عين وخيار التعيين اليه عرف ذلك بنص كلامهما حيث قال البائع بعت منك أحد هذين الثوبين أو هذين العبدين أو الدابتين أو غيرهما من الاشياء المتفاوتة على أن تأخذ أيهما شئت وقبل المشترى وهذا يوجب ثبوت الملك للمشترى فى أحدهما وثبوت خيار التعيين له والآخر يكون ملك البائع أمانة فى يده اذا قبضه لانه قبضه باذن المالك لا على وجه التمليك ولا على وجه الثبوت فكان أمانة وليس للمشترى أن يأخذهما جميعا لان المبيع أحدهما ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع لانه يحتمل أن يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع بهلاكه ويحتمل أن يكون غيره فلا يبطل والبيع قد صح بيقين ووقع الشك فى بطلانه فلا يبطل بالشك ولكن المشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بثمنه وان شاء ترك لان المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين فيوجب الخيار وكذلك لو كان اشترى أحد الاثواب الثلاثة فهلك واحد منها وبقى اثنان لا يبطل البيع لما قلنا وللمشترى أن يأخذ أيهما شاء لان المالك اذا لم يعين المبيع كان المبيع أحد الباقين فكان له أن يأخذ أيهما شاء وله أن يتركهما كما لو اشترى أحدهما من الابتداء ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع لان المبيع قد هلك بيقين فيبطل البيع والله عز وجل أعلم (وأما) صفة هذا الحكم فهو ان الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم وللمشترى أن يردهما جميعا لان خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك فكان محتملا للفسخ وهذا لان جواز هذا النوع من البيع انما ثبت بتعامل الناس لحاجتهم الى ذلك لما بينا فيما تقدم ولا تنعدم حاجتهم الا بعد اللزوم لانه عسى لا يوافقه كلاهما جميعا فيحتاج الى ردهما (وأما) بيان ما يبطل به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به الخيار ويلزم البيع فى الاصل نوعان اختيارى وضرورى والاختيارى نوعان أحدهما صريح الاختيار وما يجرى مجرى الصريح والثانى الاختيار من طريق الدلالة (اما) الصريح فهو ان يقول

اخترت هذا الثوب أو شئته أو رضيت به أو اخترته وما يجرى هذا المجرى لانه لما اختار أحدهما فقد عين ملكه فيه فيسقط خيار التعيين ولزم البيع (وأما) الاختيار من طريق الدلالة فهو أن يوجد منه فعل فى أحدهما يدل على تعيين الملك فيه وهو كل تصرف هو دليل اختيار الملك فى الشراء بشرط الخيار وسنذكر ذلك فى البيع بشرط الخيار ان شاء الله تعالى ولو تصرف البائع فى أحدهما فتصرفه موقوف ان تعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لانه تبين انه تصرف فى ملك غيره وان تعين ما تصرف فيه للامانة نفذ تصرفه لانه ظهر انه تصرف فى ملك نفسه فينفذ (وأما) الضرورى فنحو أن يهلك أحدهما بعد القبض فيبطل الخيار لان الهالك منهما تعين للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للامانة لان أحدهما مبيع والآخر أمانة والامانة منهما مستحق الرد على البائع وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه فتعين الباقى للرد فتعين الهالك للبيع ضرورة ولو هلكا جميعا قبل القبض فلا يخلو اما ان هلكا على التعاقب واما ان هلكا معا فان هلكا على التعاقب فالاول يهلك مبيعا والآخر أمانة لما ذكرنا وان هلكا معا لزمه ثمن نصف كل واحد منهما لانه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر فشاع البيع فيهما جميعا ولو هلكا على التعاقب لكنهما اختلفا فى ترتيب الهلاك فان كان ثمنهما متساويا فلا فائدة فى هذا الاختلاف لان أيهما هلك أولا فثمن الآخر مثله فلا يفيد الاختلاف وان كان متفاوتا بان كان ثمن أحدهما أكثر فادعى البائع هلاك أكثرهما ثمنا وادعى المشترى هلاك أقلهما ثمنا كان أبو يوسف أولا يقول يتحالفان وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وان حلفا جميعا يجعل كأنهما هلكا معا ويلزمه ثمن نصف كل واحد منهما ثم رجع وقال القول قول المشترى مع يمينه وهو قول محمد لانهما اتفقا على أصل الدين واختلفا فى قدره والاصل ان الاختلاف متى وقع بين صاحب الدين وبين المديون فى قدر الدين أو فى جنسه أو نوعه أو صفته كان القول قول المديون مع يمينه لان صاحب الدين يدعى عليه زيادة وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه لانه صاحب الدين وأيهما أقام البينة قبلت بينته وسقطت اليمين وان أقاما البينة فالبينة بينة البائع لانها تظهر زيادة ولو تعيب أحدهما فان كان قبل القبض لا يتعين المعيب للبيع لان التعيين لم يوجد لا نصا ولا دلالة ولا ضرورة الى التعيين أيضا لامكان الرد والمشترى على خياره وان شاء أخذ المعيب منهما وان شاء أخذ الآخر وان شاء تركهما كما لو لم يتعيب أصلا فان أخذ المعيب منهما أخذه بجميع ثمنه لانه تبين انه هو المبيع من الاصل وكذلك لو تعيبا جميعا فالمشترى على خياره لما قلنا وان كان بعد القبض تعين المعيب للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للامانة كما اذا هلك أحدهما بعد القبض لان تعيب المبيع هلاك بعضه فلهذا امتنع الرد ولزم البيع فى المبيع المعين فكذا فى غير المعين يمنع الرد وتعين المبيع ولو تعيبا جميعا فان كان على التعاقب تعين الاول للبيع ولزمه ثمنه ويرد الآخر لما قلنا ولا يغرم بحدوث العيب شيأ لما قلنا انه أمانة وان تعيبا معا لا يتعين أحدهما للبيع لانه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر وللمشترى أن يأخذ أيهما شاء بثمنه لانه اذا لم يتعين أحدهما للبيع بقى المشترى على خياره الا انه ليس له أن يردهما جميعا لان البيع قد لزم فى أحدهما بتعيبهما فى يد المشترى وبطل خيار الشرط وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ ان هذا البيع فيه خياران خيار التعيين وخيار الشرط ولا بد له من رتبة معلومة اذ لولم يكن له ملك ردهما جميعا كما لو لم يتعيب أحدهما أصلا لكنه لم يملك لان ردهما جميعا قبل التعيب ثبت حكما لخيار الشرط وقد بطل خيار الشرط بعد تعيبهما معا فلم يملك ردهما وبقى خيار التعيين فيملك رد أحدهما ولو ازداد عيب أحدهما أو حدث معه غيره لزمه ذلك لان عدم التعيين للمزاحمة وقد بطلت بزيادة عيب أحدهما أو حدوث عيب آخر معه ولا يبطل هذا الخيار بموت المشترى بل يورث بخلاف خيار الشرط لان خيار التعيين انما يثبت للمورث لثبوت الملك له فى أحدهما غير عين وقد قام الوارث مقامه فى ذلك الملك فله ان يختار أيهما شاء دون الآخر الا انه ليس له أن يردهما جميعا وقد كان للمورث ذلك وهذا يؤيد قول أولئك المشايخ انه لا بد من خيارين فى هذا البيع وقد بطل أحدهما وهو خيار الشرط بالموت لانه لا يورث على أصل أصحابنا فبطل الحكم المختص به وهو ولاية ردهما جميعا هذا اذا اشترى أحدهما شراء صحيحاً

(فاما) اذا اشترى أحدهما شراء فاسدا بأن قال البائع بعت منك أحد هذين العبدين بكذا ولم يذكر الخيار أصلا فان المشترى لا يملك واحدا منهما قبل القبض لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فان قبضهما ملك أحدهما ملكا فاسدا وأيهما هلك لزمته قيمته لانه تعين للبيع والبيع الفاسد يوجب الملك بالقيمة ولو هلكا فان كان على التعاقب لزمته قيمة الهالك الاول لانه تعين للبيع وانه بيع فاسد فيفيد الملك بالقيمة وان هلكا معا لزمه نصف قيمة كل واحد منهما لانه ليس أحدهما بتعيينه للبيع أولى من الآخر فشاع البيع فيهما ولو تعيب أحدهما فعليه أن يردهما جميعا اما غير المعيب فلانه أمانة وأما المعيب فلانه تعين للبيع والمشترى شراء فاسدا واجب الرد فيردهما ويرد معهما نصف نقصان العيب لان المتعيب يحتمل أن يكون هو المبيع فيجب نقصان العيب ويحتمل أن يكون هو الامانة فلا يجب شئ ولا دلالة على التعيين فيتنصف الواجب ولو تعيب الآخر بعد ذلك وكذا الجواب فى نقصان الآخر لان أحدهما أمانة والآخر مضمون بالقيمة ولو تعيبا معا فكذلك يردهما مع نصف نقصان كل واحد منهما لان أحدهما ليس بأولى من الآخر فى التعيين للبيع ولو تصرف المشترى فى أحدهما يجوز تصرفه فيه ولزمته قيمته ولا يجوز تصرفه فى الآخر بعد ذلك لان المتصرف فيه تعين للبيع ولو تصرف البائع فى أحدهما فتصرفه موقوف ان رد ذلك عليه نفذ تصرفه فيه لانه تبين انه تصرف فى ملك نفسه وان لم يرد عليه وتصرف فيه المشترى نفذ تصرفه فيه ولزمته قيمته وبطل تصرف البائع فيه وكذلك اذا هلك فى يد المشترى والاصل ان فى كل موضع يلزم المشترى الثمن فى البيع الصحيح تلزمه القيمة فى البيع الفاسد والله عز وجل أعلم هذا اذا كان الخيار للمشترى أما اذا كان الخيار للبائع فلا يزول أحدهما عن ملكه بنفس البيع وله أن يلزم المشترى أى ثوب شاء قبضه للخيار وليس للمشترى خيار الترك لان البيع بات فى جانبه وللبائع أن يفسخ البيع لانه غير لازم وليس للبائع أن يلزمهما المشترى لان المبيع أحدهما ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع ويهلك أمانة لما ذكرنا فى خيار المشترى وخيار البائع على حاله ان شاء ألزم المشترى الباقى منهما لانه تعين للبيع وان شاء فسخ البيع فيه لانه غير لازم وليس له أن يلزمه الهالك لانه هلك أمانة وان هلكا جميعا قبل القبض بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين وان هلك أحدهما بعد القبض كان الهالك أمانة أيضا كما لو هلك قبل القبض والزمه الباقى منهما ان شاء وان شاء فسخ البيع فيه لان خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه فيهلك على ملك البائع وله الخيار لما قلنا وان هلكا جميعا فان كان هلاكهما على التعاقب فالاول يهلك أمانة وعليه قيمة آخرهما هلاكا لانه تعين للبيع وانه مبيع هلك فى يد المشترى وفيه خيار للبائع فتجب قيمته وان هلكا معا لزمه نصف قيمة كل واحد منهما لانه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر ولو تعيب أحدهما أو تعيبا معا قبل القبض أو بعده فخيار البائع على حاله لان المعيب لم يتعين للعيب لانعدام المعين فكان البائع على خياره له أن يلزم المشترى أيهما شاء كما قبل التعيب ثم اذا ألزمه أحدهما ينظر ان كان ذلك غير المتعيب منهما لزمه ولا خيار للمشترى فى تركه لانعدام التعيين فيه وان كان ما لزمه هو المتعيب فان تعيب قبل القبض فالمشترى بالخيار لان المبيع قد تغير قبل القبض وتغير المبيع قبل القبض يوجب الخيار للمشترى وان تعيب بعد القبض فلا خيار له لان التعين بعد القبض لا يثبت الخيار وان شاء البائع فسخ البيع واستردهما لان البيع غير لازم فله ولاية الفسخ ثم ينظر ان كان تعيبهما فى يد البائع فلا شئ له لانهما تعيبا الا فى ضمان المشترى وان كان تعيبهما فى يد المشترى فللبائع أن يأخذ من المشترى نصف نقصان كل واحد منهما لان أحدهما مضمون عنده بالقيمة والآخر عنده أمانة ولا يعلم أحدهما من الآخر ولا يجوز للمشترى أن يتصرف فيهما أو فى أحدهما لان أحدهما ليس بمبيع بيقين والآخر مبيع لكن لبائعه فيه خيار وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه ولو تصرف البائع فى أحدهما جاز تصرفه فيه ويتعين الآخر للبيع وله خيار الالزام فيه والفسخ ولو تصرف فيهما جميعا جاز تصرفه فيهما ويكون فسخا للبيع لان تصرفه فيهما دليل اقرار الملك فيهما فيضمن فسخ البيع كما فى المبيع المعين والله عز وجل أعلم (واما) خيار الشرط فالكلام فى جواز البيع بشرط الخيار

وشرائه قد مر فى موضعه وانما الحاجة ههنا الى بيان صفة هذا البيع والى بيان حكمه والى بيان ما يسقط به الخيار و يلزم البيع والى بيان ما ينفسخ به البيع (اما) صفته فهى انه بيع غير لازم لان الخيار يمنع لزوم الصفقة قال سيدنا عمر رضى الله عنه البيع صفقة أو خيار ولان الخيار هو التخيير بين البيع والاجازة وهذا يمنع اللزوم كخيار العيب وخيار الرؤية ثم الخيار كما يمنع لزوم الصفقة فعدم القبض يمنع تمام الصفقة لان الثابت بنفس البيع ملك غير متأكد وانما التأكد بالقبض وعلى هذا يخرج ما اذا كان المبيع شيأ واحدا أو أشياء انه ليس لمن له الخيار أن يجيز البيع فى البعض دون البعض من غير رضا الآخر سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى وسواء كان البيع مقبوضاً أو غير مقبوض لان الاجازة فى البعض دون البعض تفريق الصفقة فى اللزوم وكما لا يجوز تفريق أصل الصفقة وهو الايجاب والقبول الا برضا العاقدين بان يقبل البيع فى بعض المبيع دون البعض بعد اضافة الايجاب والقبول الى الجملة و يوجب البيع بعد اضافة القبول الى جملته لا يجوز فى وصفها وهوان يلزم البيع فى البعض دون البعض الا برضاهما ولو هلك أحد العبدين فى يد البائع والخيار له لم يكن له أن يجيز البيع فى الباقى الا برضا المشترى لان البيع انفسخ فى قدر الهالك فالاجازة فى الباقى تكون تفريق الصفقة على المشترى فلا يجوز من غير رضاه ولو هلك أحدهما فى يد المشترى فللبائع أن يجيز البيع فى الباقى فى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ينتقض البيع وليس له أن يجيز البيع فى الباقى وان كان المبيع مماله مثل من المكيل والموزون والعددى المتقارب فهلك بعضه فللبائع أن يجيز البيع فى الباقى بلا خلاف (وجه) قول محمد ان الاجازة ههنا بمنزلة انشاء التمليك لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فكان للاجازة حكم الانشاء والهالك منهما خرج عن احتمال الانشاء والانشاء فى الباقى تمليك بحصته من الثمن وهى مجهولة فيما لا مثل له فلم يحتمل الانشاء وفيما له مثل معلومة فاحتمل الانشاء (وجه) قولهما ان هذه الاجازة تظهر ان العقد من حين وجوده انعقد فى حق الحكم فلم يكن الهلاك مانعا من الاجازة وقوله الاجازة ههنا انشاء قلنا ممنوع فان العقد ينعقد فى حق الحكم بدون الاجازة من انقضاء المدة و بموت من له الخيار ولو كانت الاجازة انشاء لتوقف حكم العقد على وجودها وهذا بخلاف بيع الفضولى اذا هلك المبيع قبل الاجازة ثم أجازه المالك لم يجز وههنا جاز فهلاك المبيع فى بيع الفضولى يمنع من الاجازة وههنا لا يمنع (ووجه) الفرق ان بيع الفضولى يثبت بطريق الاستناد والمستند ظاهر من وجه مقتصر من وجه فكانت الاجازة اظهارا من وجه انشاء من وجه فمن حيث انها اظهار كان لا يقف صحته على قيام المحل ومن حيث انها انشاء يقف عليه (فاما) فى البيع بشرط الخيار فالحكم يثبت عند الاجازة بطريق الظهور المحض فكانت الاجازة اظهارا ان العقد من وقت وجوده انعقد فى حق الحكم والمحل كان قابلا وقت العقد فهلاكه بعد ذلك لا يمنع من الاجازة والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج قول أبى حنيفة فى رجلين اشتريا شيأ على انهما بالخيار فيه ثلاثة أيام فاختار انه يلزم البيع حتى لا يملك الآخر الفسخ احترازاً عن تفريق الصفقة فى اللزوم وسنذكر المسئلة فى خيار العيب ان شاء الله تعالى (وأما) حكم هذا البيع فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا لا حكم له للحال والخيار يمنع انعقاد العقد فى الحكم للحال لمن له الخيار بل هو للحال موقوف على معنى انه لا يعرف حكمه للحال وانما يعرف عند سقوط الخيار لانه لا يدرى انه يتصل به الفسخ أو الاجازة فيتوقف فى الجواب للحال وهذا تفسير التوقف عندنا وقال الشافعى رحمه الله فى قول مثل قولنا وفى قول هو منعقد مفيد للتملك لكن ملكا مسلطاً على فسخه بالخيار (وجه) قوله ان البيع بشرط الخيار لا يفارق البيع البات الا فى الخيار والخيار لا يمنع ثبوت الملك كخيار العيب بالاجماع وخيار الرؤية على أصلكم (ولنا) ان جواز هذا البيع مع انه معدول به عن القياس للحاجة الى دفع الغبن ولا اندفاع لهذه الحاجة الا بامتناع ثبوت الملك للحال لان من الجائز أن يكون المشترى قريب المشترى فلو ملكه للحال لعتق عليه للحال فلا تندفع حاجته ثم الخيار لا يخلو اما ان كان للبائع والمشترى جميعاً واما ان كان للبائع وحده واما ان كان للمشترى وحده واما ان كان لغيرهما بان شرط أحدهما الخيار لثالث فان كان الخيار لهما فلا ينعقد العقد فى حق الحكم فى البدلين جميعا فلا يزول المبيع عن

ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى وكذا لا يزول الثمن عن ملك المشترى ولا يدخل فى ملك البائع لان المانع من الانعقاد فى حق الحكم موجود فى الجانبين جميعا وهو الخيار وان كان البائع وحده فلا ينعقد فى حق الحكم فى حقه حتى لا يزول المبيع عن ملكه ولا يجوز للمشترى أن يتصرف فيه ويخرج الثمن عن ملك المشترى لان البيع بات فى حقه وهل يدخل فى ملك البائع عند أبى حنيفة لا يدخل وعند أبى يوسف ومحمد يدخل وان كان للمشترى وحده لا ينعقد فى حق الحكم فى حقه حتى لا يزول الثمن عن ملكه ولا يجوز للبائع أن يتصرف فيه اذا كان عينا ولا يستحقه على المشترى اذا كان دينا ويخرج المبيع عن ملك البائع حتى لا يجوز له التصرف فيه لان البيع بات فى حقه وهل يدخل فى ملك المشترى عند أبى حنيفة لا يدخل وعندهما يدخل وجه قولهما ان ثبوت الحكم عند وجود المستدعى هو الاصل والامتناع بعارض والمانع ههنا هو الخيار وانه وجد فى أحد الجانبين لا غير فيعمل فى المنع فيه لا فى الجانب الآخر ألا ترى كيف خرج المبيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشترى والثمن عن ملك المشترى اذا كان الخيار للبائع فدل ان البيع بات فى حق من لا خيار له فيعمل فى بتات هذا الحكم الذى وضع له (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان الخيار اذا كان للبائع فالمبيع لم يخرج عن ملكه واذا كان للمشترى فالثمن لم يخرج عن ملكه وهذا يمنع دخول الثمن فى ملك البائع فى الاول ودخول المبيع فى ملك المشترى فى الثانى لوجهين أحدهما انه جمع بين البدل والمبدل فى عقد المبادلة وهذا لا يجوز والثانى ان فى هذا ترك التسوية بين العاقدين فى حكم المعاوضة وهذا لا يجوز لانهما لا يرضيان بالتفاوت وقولهما البيع بات فى حق من لا خيار له قلنا هذا يوجب البتات فى حق الزوال لا فى حق الثبوت لان الخيار من أحد الجانبين له أثر فى المنع من الزوال وامتناع الزوال من أحد الجانبين يمنع الثبوت من الجانب الآخر كان لا يمنع الزوال لما ذكرنا من الوجهين ويتفرع على هذا الاصل بين أبى حنيفة وصاحبيه مسائل (منها) اذا اشترى ذا رحم محرم منه على انه بالخيار ثلاثة أيام لا يعتق عليه عند أبى حنيفة رحمه الله لانه لم يدخل فى ملكه عنده ولا عتق بدون الملك وهو على خياره ان شاء فسخ البيع وان شاء أجازه فان فسخ لا يعتق لان العبد عاد الى ملك البائع وان أجازه عتق لانه سقط الخيار ولزم العقد فيلزمه الثمن وعندهما يعتق عليه بنفس الشراء ويلزمه الثمن ويبطل خياره لانه دخل فى ملكه ولو قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر فاشتراه على انه بالخيار ثلاثة أيام عتق عليه بالاجماع (اما) عندهما فظاهر لانه ملكه بنفس الشراء فوجد شرط الحنث فعتق (واما) عند أبى حنيفة فلان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط ولو نجز عتقه بعد شرائه بشرط الخيار عتق وسقط خياره لكون الاعتاق اجازة واختيار الملك على ما نذكر كذا هذا والله عز وجل أعلم (ومنها) اذا اشترى جارية قد ولدت منه بالنكاح على انه بالخيار ثلاثة أيام لا تصير أم ولد له عند أبى حنيفة لانها لم تدخل فى ملكه وهو على خياره ان شاء فسخ البيع وعادت الى ملك البائع وان شاء أجازه وصارت أم ولد له ولزمه الثمن وعندهما صارت أم ولده بنفس الشراء لانها دخلت فى ملكه فبطل خياره ولزمه الثمن (ومنها) اذا اشترى زوجته بشرط الخيار ثلاثة أيام لا يفسد النكاح عند أبى حنيفة لانها لم تدخل فى ملكه عنده وعندهما فسد لدخولها فى ملكه وملك أحد الزوجين رقبة صاحبه أو شقصا منها يرفع النكاح فان وطئها فى مدة الخيار فان كانت بكرا كان اجازة بالاجماع (اما) عند أبى حنيفة فلاجل النقصان بازالة البكارة وهى العذرة لا لاجل الوطء لان ملك النكاح قائم فكان حل الوطء قائما فلا حاجة الى ملك اليمين (واما) عندهما فلاجل النقصان والوطء جميعا فان كانت ثيبا لا يبطل خياره عند أبى حنيفة لان بطلان الخيار لضرورة حل الوطء ولا ضرورة لان ملك النكاح قائم فكان حل الوطء ثابتا فلا ضرورة الى ملك اليمين بحل الوطء فلم يبطل الخيار وعندهما يبطل خياره لضرورة حل الوطء بملك اليمين لارتفاع النكاح بنفس الشراء بخلاف ما اذا لم تكن الجارية زوجة له ووطئها انه يكون اجازة سواء كانت بكرا أو ثيبا لان حل الوطء هنالك لا يثبت الا بملك اليمين لانعدام النكاح فكان اقدامه على الوطء اختيارا للملك فيبطل الخيار (ومنها) اذا اشترى جارية على انه بالخيار ثلاثة أيام وقبضها فحاضت عنده فى مدة الخيار حيضة

كاملة أو بعض حيضة فى مدة الخيار فاختار البيع لا تجزى تلك الحيضة فى الاستبراء عند أبى حنيفة وعليه ان يستبرئها بحيضة أخرى لانها لم تدخل فى ملكه عنده ولم يوجد سبب وجوب الاستبراء وعندهما يحتسب بها لانها دخلت فى ملكه فكانت الحيضة بعد وجود سبب وجوب الاستبراء فكانت محسوبة منه ولو اختار فسخ البيع ورد الجارية فلا استبراء على البائع عند أبى حنيفة سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما قبل القبض القياس ان يجب وفى الاستحسان لا يجب و بعد القبض يجب قياسا واستحسانا على ماذكرنا فى مسائل الاستبراء وان كان الخيار للبائع ففسخ العقد لا يجب عليه الاستبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان أجازه فعلى المشترى أن يستبرئها بعد الاجازة والقبض بحيضة أخرى بالاجماع لانه ملكها بعد الاجازة و بعد القبض ملكا مطلقا (ومنها) اذا اشترى شيأ بعينه على أنه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه باذن البائع ثم أودعه البائع فى مدة الخيار فهلك فى مدة الخيار أو بعدها يهلك على البائع و يبطل البيع عند أبى حنيفة لانه لم يدخل فى ملك المشترى ولما دخل رده على البائع فقد ارتفع قبضه فهلك المبيع قبض القبض وعندهما يهلك على المشترى و يلزمه الثمن لانه دخل فى ملكه أعنى المشترى فقد أودع ملك نفسه و يد المودع يده فهلاكه فى يده كهلاكه فى يد نفسه ولو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشترى ثم ان المشترى أودعه البائع فى مدة الخيار فهلك فى يد البائع قبل جواز البيع أو بعده بطل البيع بالاجماع ولو كان البيع باتا فقبضه المشترى باذن البائع أو بغير اذنه والثمن منقود أو مؤجل وله خيار رؤية أو عيب فاودعه البائع فهلك عند البائع يهلك على المشترى و يلزمه الثمن بالاجماع لان خيار الرؤية والعيب لا يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم فكان مودعا ملك نفسه والله عز وجل أعلم (ومنها) اذا اشترى ذمى من ذمى خمرا أو خنزيرا على انه بالخيار ثلاثة أيام وقبضه ثم اسلم المشترى بطل العقد عند أبى حنيفة لانه لم يدخل فى ملك المشترى والمسلم ممنوع عن تملك الخمر بالبيع وعندهما يلزم العقد ولا يبطل لانه دخل فى ملك المشترى والاسلام يمنع من اخراجه عن ملكه ولو أسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لان البيع بات فى جانبه والاسلام فى البيع البات لا يوجب بطلانه اذا كان بعد القبض والمشترى على خياره فان أجاز البيع جاز و يلزمه الثمن وان فسخه انفسخ وصار الخمر للبائع حكما والمسلم من أهل ان يتملك الخمر حكما ألا ترى أنه يتملكها بالميراث ولو كان الخيار للبائع فاسلم البائع بطل الخيار لان خيار البائع يمنع خروج السلعة عن ملكه والاسلام يمنع اخراج الخمر عن ملكه بالعقد فبطل العقد ولو أسلم المشترى لا يبطل البيع لان البيع بات فى جانبه والبائع على خياره فان فسخ البيع عادت الخمر اليه وان أجازه صار الخمر للمشترى حكما والمسلم من أهل أن يتملكها حكما كما فى الارث ولو كان البيع باتا فاسلما أو أسلم أحدهما لا يبطل البيع لان الاسلام متى ورد والحرام مقبوض يلاقيه بالعفو لانه لم يثبت بعد الاسلام ملك مبتدأ لثبوتها بالعقد والقبض على الكمال وانما يوجد بعد الاسلام دوام الملك والاسلام لا ينافيه فان المسلم اذا تخمر عصيره فلا يؤمر بابطال حقه فيها هذا كله اذا أسلما أو أسلم أحدهما بعد القبض فاما اذا كان قبل القبض بطل البيع كيفما كان سواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار لهما أو لاحدهما لان الاسلام متى ورد والحرام غير مقبوض يمنع من قبضه بحكم العقد لما فى القبض من معنى انشاء العقد من وجه فيلحق به فى باب الحرمات احتياطا على ماذكرنا فيما تقدم وقد تظهر فوائد هذا الاصل فى فروع أخر يطول ذكرها وان كان المبيع دارا فان كان الخيار للبائع لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لان المبيع لم يخرج عن ملك البائع وان كان للمشترى يثبت للشفيع حق الشفعة بالاجماع (أما) على أصلهما فظاهر لان المبيع فى ملك المشترى (وأما) على أصل أبى حنيفة فالمبيع وان لم يدخل فى ملك المشترى لكنه قد زال عن ملك البائع بالاجماع وحق الشفعة يعتمد زوال ملك البائع لا ثبوت ملك المشترى والله عز وجل أعلم ولو تبايعا عبدا بجارية والخيار للبائع فاعتق البائع العبد نفذ اعتاقه وانفسخ البيع لان خيار البائع يمنع زوال العبد عن ملكه فقد أعتق ملك نفسه فنفذ وان أعتق الجارية نفذ أيضا ولزم البيع (أما) على أصلهما فظاهر لانه ملكها فاعتق ملك نفسه (وأما) على أصل أبى حنيفة وان لم يملكها بالعقد لكن الاقدام على الاعتاق دليل عقد الملك اذ لا وجود للعتق الا بالملك ولا

ملك

ملك الا بسقوط الخيار فتضمن اقدامه على الاعتاق اسقاط الخيار ولو أعتقهما معا نفذ اعتاقهما جميعا و بطل البيع وعليه قيمة الجارية وعندهما تفذ اعتاقهما ولا شيء عليه أما نفوذ اعتاقهما (أما) العبد فلا شك فيه لانه لم يخرج عن ملك البائع بلا خلاف (وأما) الجارية فكذلك على أصلهما لانها دخلت فى ملكه وعند أبى حنيفة وان لم تدخل فى ملكه بنفس العقد فقد دخلت بمقتضى الاقدام على اعتاقهما على ما بينا فاعتاقهما صادف محلا مملوكا للمعتق فنفذ (وأما) لزوم قيمة الجارية عند أبى حنيفة فلان العبد بدل الجارية وقد هلك قبل التسليم بالاعتاق وهلاك المبيع قبل التسليم يوجب بطلان البيع واذا بطل البيع وجب رد الجارية وقد عجز عن ردها بسبب العتق فيغرم قيمتها ولو اعتق المشترى العبد أو الجارية لم ينفذ اعتاقه (أما) العبد فلانه لم يدخل فى ملكه (وأما) الجارية فلانها خرجت عن ملكه والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يسقط به الخيار و يلزم البيع فنقول و بالله التوفيق أما خيار البائع فما يسقط به خياره و يلزم البيع نوعان فى الاصل أحدهما اختيارى والآخر ضرورى أما الاختيارى فالاجازة لان الاصل هو لزوم البيع والامتناع بعارض الخيار وقد بطل بالاجازة فيلزم البيع والاجازة نوعان صريح وما هو فى معنى الصريح ودلالة (أما) الاول فنحو أن يقول البائع أجزت البيع أو أوجبته أو أسقطت الخيار أو أبطلته وما يجرى هذا المجرى سواء علم المشترى الاجازة أو لم يعلم (وأما) الاجازة بطريق الدلالة فهى أن يوجد منه تصرف فى الثمن يدل على الاجازة وايجاب البيع فالاقدام عليه يكون اجازة للبيع دلالة والاصل فيه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لبريرة حين عتقت ملكت بضعك فاختارى وان وطئك زوجك فلا خيار لك فقد جعل النبى عليه الصلاة والسلام تمكينها من الوطء دليل بطلان الخيار فصار ذلك أصلا لان الخيار كما يسقط بصريح الاسقاط يسقط بالاسقاط من طريق الدلالة وعلى هذا يخرج ما اذا كان الثمن عينا فتصرف البائع فيه تصرف الملاك بأن باعه أو ساومه أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو آجره أو رهنه ونحو ذلك لان ذلك يكون اجازة للبيع (أما) على أصلهما فلان الثمن دخل فى ملك البائع فكان التصرف فيه دليل تقرر ملكه وأنه دليل اجازة البيع (وأما) على أصل أبى حنيفة فالاقدام على التصرف يكون دليل اختيار الملك فيه وذا دليل الاجازة وكذا لو كان الثمن دينا فابرأ البائع المشترى من الثمن أو اشترى به شيأ منه أو وهبه من المشترى فهو اجازة للبيع لما قلنا و يصح شراؤه وهبته لان هبة الدين والشراء به ممن عليه الدين وأنه جائز وكذا لو ساومه البائع بالثمن الذى فى ذمته شيأ لانه قصد تملك ذلك الشيء ولا يمكنه التملك الا بثبوت ملكه فى الثمن أو تقرره فيه ولو اشترى بالثمن شيأ من غيره لم يصح الشراء وكان اجازة (أما) عدم صحة الشراء فلانه شراء بالدين من غير من عليه الدين (وأما) كونه اجازة للبيع فلان الشراء به من غيره وان لم يصح لكنه قصد التملك وذا دليل الاجازة كما اذا ساومه بل أولى لان الشراء به فى الدلالة على قصده التملك فوق المساومة فلما كانت المساومة اجازة فالشراء أولى بخلاف ما اذا كان البائع قبض الثمن الذى هو دين فاشترى به شيأ أنه لا يكون اجازة للبيع لان عين المقبوض ليس بمستحق الرد عند الفسخ لان الدراهم والدنانير لا يتعينان عندنا فى الفسخ كما لا يتعينان فى العقد فلم يكن المقبوض فيه مستحق الرد فلا يكون التصرف فيه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اشترى به قبل القبض لانه أضاف الشراء الى عين ما هو مستحق بالعقد فكان دليل القصد الى الملك أو تقرر الملك فيه على ما قلنا ولو كان الخيار للمشترى فابرأه البائع من الثمن قال أبو يوسف رحمه الله لا يصح الابراء لان خيار المشترى يمنع وجوب الثمن والابراء اسقاط واسقاط ما ليس بثابت لا يتصور وروى عن محمد رحمه الله أنه اذا أجاز البيع نفذ الابراء لان الملك يثبت مستندا الى وقت البيع فتبين ان الثمن كان واجبا فكان ابراؤه بعد الوجوب فينفذ والله عز وجل أعلم (وأما) الضرورى فثلاثة أشياء (أحدهما) مضى مدة الخيار لان الخيار مؤقت به والمؤقت الى غاية ينتهى عند وجود الغاية لكن هل تدخل الغاية فى شرط الخيار بان شرط الخيار الى الليل أو الى الغد هل يدخل الليل أو الغد قال أبو حنيفة عليه الرحمة تدخل وقال أبو يوسف ومحمد لا تدخل(وجه) قولهما ان الغاية لا تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما فى قوله تعالى عز

شأنه ثم أتموا الصيام الى الليل حتى لا يجب الصوم فى الليل وكما فى التأجيل الى غاية ان الغاية لا تدخل تحت الاجل كذا هذا ولأبى حنيفة ان الغايات منقسمة غاية اخراج وغاية اثبات فغاية الاخراج تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما فى قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق والغاية ههنا فى معنى غاية الاخراج ألا ترى أنه لو لم يذكر الوقت أصلا لاقتضى ثبوت الخيار فى الاوقات كلها حتى لم يصح لانه يكون فى معنى شرط خيار مؤبد بخلاف التأجيل الى غاية فانه لولا ذكر الغاية لم يثبت الاجل أصلا فكانت الغاية غاية اثبات فلم تدخل تحت ما ضربت له الغاية والثانى موت البائع فى مدة الخيار عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يبطل الخيار بموته بل يقوم وارثه مقامه فى الفسخ والاجازة والله عز وجل أعلم ولقب هذه المسئلة ان خيار الشرط هل يورث أم لا عندنا لا يورث وعنده لا يورث وأجمعوا على ان خيار القبول لا يورث وكذا خيار الاجازة فى بيع الفضولى لا يورث بالاجماع وكذا الاجل لا يورث بالاتفاق وأجمعوا على إن خيار العيب وخيار التعيين يورث (وأما) خيار الرؤية فلم يذكر فى الاصل وذكر فى الحيل أنه لا يورث وكذا روى ابن سماعة عن محمد أنه لا يورث احتج الشافعى رحمه الله بظواهر آيات المواريث حيث أثبت الله عز وجل الارث فى المتروك مطلقا والخيار متروك فيجرى فيه الارث وبما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال من ترك مالا أو حقا فلورثته والخيار حق تركه فيكون لورثته ولانه حق ثبت بالبيع فيجرى فيه الارث كالملك الثابت وهذا لان الارث كما يثبت فى الاملاك يثبت فى الحقوق الثابتة بالبيع ولهذا يثبت فى خيار العيب وخيار التعيين كذا هذا ولنا ان الخيار لو ثبت للوارث لم يخل من أن يثبت ابتداء أو بطريق الارث لا سبيل الى الاول لان الشرط لم يوجد من الوارث ابتداء واثبات الخيار له من غير وجود شرط الخيار منه خلاف الحقيقة ولا سبيل الى الثانى لان الوارث يعتمد الباقى بعد موت المورث وخياره لا يبقى بعد موته لان خياره تخييره بين الفسخ والاجازة ولا يتصور ذلك منه بعد موته فلا يورث بخلاف خيار العيب والتعيين لان المورث هناك محتمل للارث وهو العين المملوكة (وأما) الآية والحديث فنقول بموجبهما لكن لم قلتم ان الخيار متروك وهذا لان المتروك عين تبقى والخيار عرض لا يبقى فلم يكن متروكا فلا يورث والله عز وجل أعلم (والثالث) اجازة أحد الشريكين عند أبى حنيفة رحمه الله بان تبايعا على أنهما بالخيار فاجاز أحدهما بطل الخيار ولزم البيع عنده حتى لا يملك صاحبه الفسخ وعندهما لا يبطل وخيار الآخر على حاله وسنذكر المسئلة فى خيار العيب ولو بلغ الصبى فى مدة خيار الشرط للاب أو الوصى لنفسه فى بيع مال الصبى هل يبطل الخيار قال أبو يوسف يبطل ويلزم العقد وقال محمد تنقل الاجازة الى الصبى فلا يملك الولى الاجازة لكنه يملك الفسخ (وجه) قول محمد ان الولى يتصرف فى مال الصغير بطريق النيابة عنه شرعا لعجزه عن التصرف بنفسه وقد زال العجز بالبلوغ فتنتقل الاجازة اليه الا أنه يملك الفسخ لانه من باب دفع الحق فيملكه كالفضولى فى البيع انه يملك الفسخ قبل اجازة المالك وان لم يملك الاجازة (وجه) قول أبى يوسف ان الخيار يثبت للولى وهو ولاية الفسخ والاجازة وقد بطل بالبلوغ فلا يحتمل الانتقال الى الصبى ولهذا لم ينتقل الى الوارث بموت من له الخيار ولو عجز المكاتب فى مدة خيار شرطه لنفسه فى البيع بطل الخيار ولزم البيع فى قولهم جميعا لانه لما عجز ورد الى الرق لم يبق له ولاية الفسخ والاجازة فيسقط الخيار ضرورة كما يسقط بالموت وكذا العبد المأذون اذا حجر عليه المولى فى مدة الخيار بطل خياره عند أبى يوسف واحدى الروايتين عن محمد لما قلنا ولو اشترى الاب أو الوصى شيأ بدين فى الذمة وشرط الخيار لنفسه ثم بلغ الصبى جاز العقد عليهما والصبى بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ (أما) الجواز عليهما فلأن ولايتهما قد انقطعت بالبلوغ فلا يملكان التصرف بالفسخ والاجازة فيبطل خيارهما وجاز العقد فى حقهما (وأما) خيار الصبى فلأن الجواز واللزوم لم يثبت فى حقه وانما يثبت فى حقهما فكان له خيار الفسخ والاجازة (وأما) خيار المشترى فيسقط بما يسقط خيار البائع وبغيره أيضا فيسقط بمضى المدة وبموت من له الخيار عندنا واجازة أحد الشريكين عند أبى حنيفة والاجازة صريح وما هو فى معنى

الصريح

الصريح ودلالة ولهو أن يتصرف المشترى فى المبيع تصرف الملاك كالبيع والمساومة والاعتاق والتدبير والكتابة والاجارة والهبة والرهن سلم أو لم يسلم لان جواز هذه التصرفات يعتمد الملك فالاقدام عليها يكون دليل قصد التملك أو تقرر الملك على اختلاف الاصلين وذا دليل الاجازة وكذا الوطء منه والتقبيل بشهوة والمباشرة لشهوة والنظر الى فرجها لشهوة يكون اجازة منه لانه تصرف لا يحل الا بملك اليمين وأما المس عن غير شهوة والنظر الى فرجها بغير شهوة فلا يكون اجازة لان ذلك مباح فى الجملة بدون الملك للطبيب والقابلة وأما الاستخدام فالقياس أن يكون اجازة بمنزلة المس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة وفى الاستحسان لا يكون اجازة لانه لا يختص بالملك ولانه يحتاج اليه للتجربة والامتحان لينظر انه يوافقه أم لا على ان فيه ضرورة لان الاحتراز عن ذلك غير ممكن بأن يسأله ثوبه عند اوادة الرد فيرده أو يستسرجه دابته ليركبها فيرده فسقط اعتباره لمكان الضرورة ولو قبلت الجارية المشترى بشهوة أو باشرته فان كان ذلك بتمكين بأن علم ذلك منها وتركها حتى فعلت يسقط خياره وكذا هذا فى حق خيار الرؤية اذا قبلته بعد الرؤية وكذا فى خيار العيب اذا وجد بها عيبا ثم قبلته وكذا فى الطلاق اذا فعلت ذلك كان رجعة وان اختلست اختلاسا من غير تمكين المشترى والزوج وهو كاره لذلك فكذلك عند أبى حنيفة وروى عن أبى يوسف انه لا يكون ذلك رجعة ولا اجازة للبيع وقال محمد لا يكون فعلها اجازة للبيع كيف ما كان وأجمعوا على انها لو باضعته وهو نائم بأن أدخلت فرجه فرجها انه يسقط الخيار ويكون رجعة (وجه) قول محمد ان الخيار حق شرط له ولم يوجد منه ما يبطله نصا ولا دلالة وهو فعل يدل عليه فلا يبطل ولابى حنيفة رحمه الله ان الاحتياط يوجب سقوط الخيار اذ لو لم يسقط ومن الجائز أن يفسخ البيع لتبيين ان المس عن شهوة والتمكين من المس عن شهوة حصل فى غير ملك وكل ذلك حرام فكان سقوط الخيار وثبوت الرجعة بطريق الصيانة عن ارتكاب الحرام وانه واجب ولان المس عن شهوة يفضى الى الوطء والسبب المفضى الى الشىء يقوم مقامه خصوصا فى موضع الاحتياط فأقيم ذلك مقام الوطء من المشترى ولهذا يثبت حرمة المصاهرة بالمس عن شهوة من الجانبين لكونه سببا مفضيا الى الوطء فأقيم مقامه كذا هذا ولو قبل المشترى الجارية ثم قال قبلتها لغير شهوة فالقول قوله كذا روى عن محمد لان الخيار كان ثابتا له فهو بقوله كان لغير شهوة ينكر سقوطه فكان القول قوله وكذلك قال أبو حنيفة فى الجارية اذا قبلت المشترى بشهوة انه انما يسقط الخيار ويلزمه العقد اذا أقر المشترى انها فعلت بشهوة (فأما) اذا أنكر أن يكون ذلك بشهوة فلا يسقط لان حكم فعلها يلزم المشترى بسقوط حقه فيتوقف على اقراره ولو حدث فى المبيع فى يد المشترى ما يمنع الرد على البائع بطل خياره لان فائدة الخيار هو التمكن من الفسخ والرد فاذا خرج عن احتمال الرد لم يكن فى بقاء الخيار فائدة فلا يبقى وذلك نحو ما اذا هلك فى يده أو انتقص بأن تعيب بعيب لا يحتمل الارتفاع سواء كان ذلك فاحشا أو يسيرا وسواء كان ذلك بفعل المشترى أو بفعل البائع أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبى لان حدوث هذه المعانى فى يد المشترى يمنع الرد (أما) الهلاك فظاهر وكذا النقصان لفوات شرط الرد وهو أن يكون ما قبض كما قبض لانه اذا انتقص شىء منه فقد تعذر رد القدر الفائت فتقرر على المشترى حصته من الثمن لان فواته حصل فى ضمان المشترى فلو رد الباقى كان ذلك تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهذا لا يجوز واذا امتنع الرد بطل الخيار لما قلنا وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف أيضا الا فى خصلة واحدة وهى ما اذا انتقص بفعل البائع فان المشترى فيهما على خياره عنده ان شاء رد عليه وان شاء أمسكه وأخذ الارش من البائع كذا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى الاختلاف وذكر الكرخى رحمه الله الاختلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله وان كان العيب مما يحتمل الارتفاع كالمرض فالمشترى على خياره ان شاء فسخ وان شاء أجاز لان كل عارض على أصل اذا ارتفع يلحق بالعدم ويجعل كأنه لم يكن هذا هو الاصل وليس له أن يفسخ الا أن يرتفع العيب فى مدة الخيار فان مضت المدة والعيب قائم بطل حق الفسخ ولزم البيع لتعذر الرد والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا ازداد

المبيع زيادة متصلة غير متولدة من الاصل كما اذا كان ثوبا فصبغه أو سويقا فلته بسمن أو كان أرضا فبنى عليها أو غرس فيها انه يبطل خياره لان هذه الزيادة مانعة من الرد بالاجماع فكانت مسقطة للخيار ولو كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالحسن والجمال والسمن والبرء من المرض وانجلاء البياض من العين ونحو ذلك فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يبطل بناء على أن هذه الزيادة تمنع الرد عندهما كما في العيب في المهر في النكاح وعنده لا تمنع والمسألة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والثمر واللبن ونحوها أو كانت غير متولدة من الاصل لكنها بدل الجزء الفائت كالارش أو بدل ما هو في معنى الجزء كالعقر يبطل خياره لانها مانعة من الرد عندنا وان كانت منفصلة غير متولدة من الاصل ولا هي بدل الجزء الفائت أو ما هو في معنى الجزء كالصدقة والكسب والغلة لا يبطل خياره لان هذه الزيادة لا تمنع الرد فلا يبطل الخيار فان اختار البيع فالزوائد له مع الاصل لانه تبين انها كسب ملكه فكانت ملكه وان اختار الفسخ رد الاصل مع الزوائد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد الزوائد تكون له بناء على أن ملك المبيع كان موقوفا فاذا فسخ تبين انه لم يدخل في ملكه فتبين أن الزيادة حصلت على ملك البائع فيردها اليه مع الاصل وعندهما المبيع دخل في ملك المشتري فكانت الزوائد حاصلة على ملكه والفسخ يظهر في الاصل لا في الزيادة فبقيت على حكم ملك المشتري ولو كان المبيع دابة فركبها فان ركبها لحاجة نفسه كان اجازة وان ركبها ليسقيها أو يشتري لها علفا أو ليردها على بائعها فالقياس أن يكون اجازة لانه يمكنه أن يفعل ذلك قودا وفي الاستحسان لا يكون اجازة وهو على خياره لان ذلك مما لا بد منه خصوصا اذا كانت الدابة صعبة لا تنقاد بالقود فكان ذلك من ضرورات الرد فلا يجعل اجازة ولو ركبها لينظر الى سيرها لا يبطل خياره لانه لا بد له من ذلك للاختبار بخلاف خيار العيب انه اذا ركبها بعد ما علم بالعيب انه يبطل خياره لان له منه بدا ولا حاجة الى الركوب هناك لمعرفة سيرها فكان دليل الرضا بالعيب ولو كان المبيع ثوبا فلبسه لينظر الى قصره من طوله وعرضه لا يبطل خياره لان ذلك مما يحتاج اليه للتجربة والامتحان أنه يوافقه أم لا فلم يكن منه بد ولو ركب الدابة ليعرف سيرها ثم ركبها مرة أخرى ينظر ان ركبها لمعرفة سير آخر غير الاول بأن ركبها مرة ليعرف انها هملاج ثم ركبها ثانيا ليعرف سرعة عدوها فهو على خياره لان معرفة السيرين مقصودة تقع الحاجة اليها في بعض الدواب وان ركبها لمعرفة السير الاول قالوا يسقط خياره وكذا في استخدام الرقيق اذا استخدمه في نوع ثم استخدمه في ذلك النوع قالوا يسقط خياره وبعض مشايخنا قالوا لا يسقط لان الاختبار لا يحصل بالمرة الواحدة لجواز ان الاول وقع اتفاقا فيحتاج الى التكرار لمعرفة العادة وفي الثوب اذا لبسه مرة لمعرفة الطول والعرض ثم لبسه ثانيا يسقط خياره لانه لا حاجة الى تكرار اللبس في الثوب لحصول المقصود باللبس مرة واحدة ولو حمل على الدابة علفا فهو اجازة لانه يمكنه حمل العلف على غيرها ولو قص حوافرها أو أخذ من عرفها شيأ فهو على خياره لانه تصرف لا يختص بالملك اذ هو من باب اصلاح الدابة فيملكه كل واحد ويكون مأذونا فيه دلالة كما اذا علفها أو سقاها ولو ودجها أو بزغها فهو اجازة لانه تصرف فيها بالتنقيص فان كان شاة فحلبها أو شرب لبنها فهو اجازة لانه لا يحل الا بالملك أو الاذن من المالك ولم يوجد الاذن فكان دليلا على قصد التملك أو التقرير فيكون اجازة ولو كان المبيع دارا فسكنها المشتري أو أسكنها غيره باجر أو بغير أجر أو رم شيأ منها أو جصصها أو طينها أو أحدث فيها شيأ أو هدم فيها شيأ فذلك كله اجازة لانه دليل اختيار الملك أو تقريره فكان اجازة دلالة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي في سكنى المشتري روايتان ووفق بينهما فحمل احداهما على ابتداء السكنى والاخرى على الدوام عليه ولو كان فيها ساكن باجر فباعها البائع برضا المستأجر وشرط الخيار للمشتري فتركه المشتري فيها أو استأوى الغلة فهو اجازة لان الاجرة بدل المنفعة فكان أخذها دلالة قصد تملك المنفعة أو تقرير ملك المنفعة وذلك قصد تملك الدار أو تقرير ملكه فيها فكان اجازة ولو كان المبيع أرضا فيها حرث فسقاه أو حصده أو فصل منه شيأ فهو اجازة لان السقي تصرف في الحرث بالتزكية فكان دليل اختيار البيع وايجابه

وكذلك الفصل تصرف فيه بالتنقيص فكان دليل قصد التملك أو التقرر ولو شرب من نهر تلك الارض أو سقى منه دوابه لا يكون اجازة لان هذا تصرف لا يختص بالملك لانه مباح ولو كان المبيع رحى فطحن فيها فان هو طحن ليعرف مقدار طحنها فهو على خياره لانه تحقق ماشرع له الخيار ولو دام على ذلك كان اجازة لانه لا حاجة الى الزيادة للاختبار فكان دليل الرضا بوجوب البيع (وأما) خيار البائع والمشترى جميعا فيسقط بما يسقط به حالة الانفراد فأيهما أجاز صريحا أو ما يجرى مجرى الصريح أو فعل مايدل على الاجازة بطل خياره ولزم البيع من جانبه والآخر على خياره ان شاء أجاز وان شاء فسخ وأيهما فسخ صريحا أو ما يجرى مجرى الصريح أو فعل مايدل على الفسخ انفسخ أصلا ورأسا ولا تلحقه الاجازة من صاحبه بعد ذلك وانما اختلف حكم الفسخ والاجازة لان الفسخ تصرف فى العقد بالابطال والعقد بعدما بطل لا يحتمل الاجازة لان الباطل متلاشى (وأما) الاجازة فهى تصرف فى العقد بالتغيير وهو الالزام لا بالاعدام فلا يخرجه عن احتمال الفسخ والاجازة ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد سواء كان على التعاقب أو على القران لان الفسخ أقوى من الاجازة ألا ترى انه يلحق الاجازة فان المجاز يحتمل الفسخ فأما الاجازة فلا تلحق الفسخ فان المفسوخ لا يحتمل الاجازة فكان الفسخ أقوى من الاجازة فكان أولى ولو اختلفا فى الفسخ والاجازة فقال أحدهما فسخنا البيع وقال الآخر لا بل أجزنا البيع جميعا فاختلافهما لا يخلو من أن يكون فى مدة الخيار أو بعد مضى المدة فان كان فى المدة فالقول قول من يدعى الفسخ لان أحدهما ينفرد بالفسخ وأحدهما لا ينفرد بالاجازة ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة من يدعى الاجازة لانه المدعى وان كان بعد مضى المدة فقال أحدهما مضت المدة بعد الفسخ وقال الآخر بعد الاجازة فالقول قول من يدعى الاجازة لان الحال حال الجواز وهو ما بعد انقضاء المدة فترجح جانبه بشهادة الحال فكان القول قوله ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعى الفسخ لانها تثبت أمرا بخلاف الظاهر والبينات شرعت له وان كان الخيار لاحدهما واختلفا فى الفسخ والاجازة فى مدة الخيار فالقول قول من له الخيار سواء ادعى الفسخ أو الاجازة لانه يملك الامرين جميعا والبينة بينة الآخر لانه هو المدعى ولو كان اختلافهما بعد مضى مدة الخيار فالقول قول من يدعى الاجازة أيهما كان لان الحال حال الجواز وهى ما بعد مضى المدة ولو أرخت البينات فى هذا كله فاسبقهما تاريخا أولى سواء قامت على الفسخ أو على الاجازة والله عز وجل أعلم وان كان خيار الشرط لغير العاقدين بان شرط أحدهما الخيار لاجنبى فقد ذكرنا ان ذلك جائز وللشارط والمشروط له خيار الفسخ والاجازة وأيهما أجاز جاز وأيهما فسخ انفسخ لانه صار شارطا لنفسه مقتضى الشرط لغيره وصار المشروط له بمنزلة الوكيل للشارط فى الفسخ والاجازة فان أجاز أحدهما وفسخ الاخر فان كانا على التعاقب فاولهما أولى فسخا كان أو اجازة لان الثابت بالشرط أحد الامرين فايهما سبق وجوده بطل الآخر وان كانا معا ذكر فى البيوع أن تصرف المالك عن ولاية الملك أولى نقضا كان أو اجازة وذكر فى المأذون أن النقض أولى من أيهما كان (وجه) رواية البيوع ان تصرف المالك صدر عن ولاية الملك فلا يعارضه الصادر عن ولاية النيابة (وجه) رواية المأذون ان النقض أولى من الاجازة لان المجاز يحتمل الفسخ أما المفسوخ فلا يحتمل الاجازة فكان الرجحان فى المأذون للنقض من أيهما كان وقيل ما روى فى البيوع قول محمد لانه يقدم ولاية الملك على ولاية النيابة وما ذكر فى المأذون قول أبى يوسف لانه لا يرى تقديم ولاية الملك وأصله ما ذكر فى النوادر ان الوكيل بالبيع اذا باع من انسان وباع المالك من غيره وخرج الكلامان معا أن بيع الموكل أولى عند محمد وعند أبى يوسف يجعل العبد بينهما نصفين ويخير كل واحد من المشتريين والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما ينفسخ به فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان ما ينفسخ به والثانى فى بيان شرائطه فنقول وبالله التوفيق ما ينفسخ به فى الاصل نوعان اختيارى وضرورى والاختيارى نوعان أيضا صريح وما هو فى معنى الصريح ودلالة (أما) الاول فنحو أن يقول من له الخيار فسخت البيع أو نقضته أو أبطلته وما يجرى هذا المجرى فينفسخ البيع سواء كان الخيار للبائع أو

للمشتري أولهما أولغيرهما ولا يشترط له التراضي ولا قضاء القاضي لان الفسخ حصل بتسليط صاحبه عليه (وأما) الفسخ من طريق الدلالة فهو أن يتصرف من له الخيار تصرف الملاك ان كان الخيار للبائع وفي الثمن ان كان عينا اذا كان الخيار للمشتري لان الخيار اذا كان للبائع فتصرفه في المبيع تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه واذا كان للمشتري فتصرفه في الثمن اذا كان عينا تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه ولا يكون ذلك الا بالفسخ فالاقدام عليه يكون فسخا للعقد دلالة والحاصل ان وجد من البائع في المبيع ما لو وجد منه في الثمن لكان اجازة للبيع يكون فسخا للبيع وقد ذكرنا ذلك كله وهذا النوع من الفسخ لا يقف على علم صاحبه بلا خلاف بخلاف النوع الاول لان الانفساخ ههنا لا يثبت بالفسخ مقصود أو انما يثبت ضمناً لغيره فلا يشترط له ما يشترط للفسخ مقصودا كبيع الشرب والطريق أنه لا يجوز مقصودا ويجوز تبعاً للارض والله عز وجل أعلم (وأما) الضروري فنحو ان يهلك المبيع قبل القبض فيبطل البيع سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أولهما جميعاً لانه لو كان باتاً لبطل فاذا كان فيه خيار الشرط أولى لانه أضعف منه وان هلك بعد القبض فان كان الخيار للبائع فكذلك يبطل البيع ولكن تلزمه القيمة ان لم يكن له مثل والمثل ان كان له مثل اما بطلان البيع فلان المبيع صار بحال لا يحتمل انشاء العقد عليه فلا يحتمل الاجازة فينفسخ العقد ضرورة وأما لزوم القيمة فقول عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى انه يهلك أمانة (وجه) قوله ان الخيار منع انعقاد العقد في حق الحكم فكان المبيع على حكم ملك البائع أمانة في يد المشتري فيهلك هلاك الامانات (ولنا) ان البيع وان لم ينعقد في حق الحكم لكن المبيع في قبض المشتري على حكم البيع فلا يكون دون المقبوض على سوم الشراء بل هو فوقه لان هناك لم يوجد العقد لا بنفسه ولا بحكمه وههنا ان لم يثبت حكم العقد فقد وجد بنفسه وذلك مضمون بالقيمة أو بالمثل فهذا أولى وان كان الخيار للمشتري لا يبطل البيع ولكن يبطل الخيار ويلزم البيع وعليه الثمن اما على أصلهما فظاهر لان المشتري ملكه بالعقد فاذا قبضه فقد تقرر عليه الثمن فاذا هلك يهلك مضمونا بالثمن كما كان في البيع البات (واما) على أصل أبي حنيفة فالمشتري وان لم يملكه فقد اعترض عليه في يده قبل القبض ما يمنع الرد وهو التعيب بعيب لم يكن عند البائع لان الهلاك في يده لا يخلو عن تقدم عيب عادة لانه لا يخلو عن سبب موته في الهلاك عادة وانه يكون عيباً وتعيب المبيع في يد المشتري يمنع الرد و يلزم البيع لما ذكرنا فيما تقدم فاذا هلك يهلك بالثمن ولو استهلك المبيع أجنبي والخيار للبائع لا ينفسخ البيع والبائع على خياره لانه يهلك الى خلف وهو الضمان لوجود سبب الوجوب للضمان وهو اتلاف مال متقوم مملوك لغيره لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه والهالك الى خلف قائم معنى فكان المبيع قائماً فكان محتملا للاجازة سواء كان المبيع في يد المشتري أو في يد البائع لانه مضمون بالاتلاف في الحالين جميعاً فان شاء فسخ البيع واتبع الجاني بالضمان وكذلك لو استهلكه المشتري لانه وجب الضمان عليه بالاستهلاك لوجود سبب الوجوب والضمان بدل المضمون فيقوم مقامه فكان المبيع قائماً معنى فكان الخيار على حاله ان شاء فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان وان شاء اجازه واتبعه بالثمن ولو تعيب المبيع في يد البائع فان كان بآفة سماوية أو بفعل المبيع لا يبطل البيع وهو على خياره لان ما انتقص منه من غير فعله فهو غير مضمون عليه حيث لا يسقط بحصته شئ من الثمن فلا ينفسخ البيع في قدر الضمان بابقاء الخيار لانه يؤدي الى تفريق الصفقة على المشتري فان شاء فسخ البيع وان شاء أجازه فان أجازه فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع قبل القبض وان كان بفعل البائع بطل البيع لان ما انتقص بفعله فهو مضمون عليه حتى يسقط عن المشتري حصة قدر النقصان من الثمن فالاجازة تتضمن تفريق الصفقة على المشتري قبل التمام وان كان بفعل أجنبي لم يبطل البيع وهو على خياره لان قدر النقصان هالك الى خلف وهو الضمان فكان قائما معنى ولم يبطل البيع في قدر الهالك فكان البائع على خياره ان شاء فسخ البيع واتبع الجاني بالارش وان شاء أجاز واتبع المشتري بالثمن والمشتري يتبع الجاني بالارش وكذلك لو تعيب بفعل المشتري لا يبطل البيع والبائع

على خياره لان المبيع على ملك البائع فكان قدر النقصان مضمونا على المشترى فكان هلاكا الى خلف فكان البيع على حاله والبائع على خياره ان شاء فسخ البيع واتبع المشترى بالضمان وان شاء أجازه واتبع المشترى بالثمن وكذلك اذا تعيب فى يد المشترى بفعل أجنبي أو بفعل المشترى أو بآفة سماوية فالبائع على خياره فان شاء أجاز البيع وان شاء فسخه فان أجاز أخذ من المشترى جميع الثمن سواء كان التعيب بفعل المشترى أو بفعل الاجنبي أو بآفة سماوية لان البيع جاز فى الكل ولا يكون للمشترى خيار الرد بحدوث التغير فى المبيع لانه حدث فى يده فى ضمانه غير أنه ان كان التعيب بفعل المشترى فلا سبيل له على أحد وان كان بفعل الاجنبي فللمشترى أن يتبع الجانى بالارش لانه ملك العبد باجازة البائع من وقت البيع فتبين أن الجناية حصلت على ملكه وان فسخ ينظر ان كان التعيب بفعل المشترى فان البائع يأخذ الباقى و يأخذ ارش الجناية من المشترى لان العبد كان مضمونا على المشترى بالقيمة الا ترى أنه لو هلك فى يده لزمته قيمته و بالفسخ وجب عليه رده وقد عجز عن رد قدر الفائت فيلزمه رد قيمته وكذا اذا تعيب بآفة سماوية لما قلنا وان كان التعيب بفعل أجنبي فالبائع بالخيار ان شاء اتبع الاجنبي بالارش لان الجناية حصلت على ملكه وان شاء اتبع المشترى لان الجناية حصلت فى ضمان المشترى فان اختار اتباع الاجنبي فالاجنبي لا يرجع على أحد لانه ضمن بفعل نفسه وان اختار اتباع المشترى فالمشترى يرجع بما ضمن من الارش على الاجنبي لان المشترى قام مقام البائع فى حق ملك بدل الفائت وان لم يقم مقامه فى حق ملك نفس الفائت كغاصب المدبر اذا قتل المدبر فى يده وضمنه للمالك ان له ان يرجع بما ضمن على القاتل وان لم يملك نفس المدبر كذا هذا والله عز وجل أعلم (وأما) شرائط جواز الفسخ فمنها قيام الخيار لان الخيار اذا بطل فقد لزم البيع فلا يحتمل الفسخ ومنها علم صاحبه بالفسخ عند أبى حنيفة ومحمد حتى لو فسخ بغير علمه كان فسخه موقوفا عندهما ان علم صاحبه بفسخه فى مدة الخيار نفذ وان لم يعلم حتى مضت المدة لزم العقد وكذا لو أجاز الفاسخ العقد نفذ فسخه قبل علم صاحبه وجازت اجازته ولزم العقد و بطل فسخه وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع وقال علم صاحبه ليس بشرط حتى لو فسخ يصح فسخه علم صاحبه بالفسخ أولا وروى عن أبى يوسف أنه فصل بين خيار البائع وخيار المشترى فلم يشترط العلم فى خيار البائع وشرط فى خيار المشترى (وأما) خيار الرؤية فهو على هذا الاختلاف ذكره الكرخى ولا خلاف بين أصحابنا فى خيار العيب ان العلم بالفسخ فيه شرط سواء كان بعد القضاء أو قبله وأجمعوا على أن عزل الموكل وكيله بغير علمه وان فسخ أحد الشريكين الشركة أو نهى رب المال المضارب عن التصرف بغير علمه لا يصح (وجه) قول أبى يوسف انه يملك الاجازة بغير علم صاحبه فيملك الفسخ والجامع بينهما ان كل واحد منهما حصل بتسليط صاحبه عليه ورضاه فلا معنى للتوقف على علمه كالوكيل بالبيع اذا باع من غير علم الموكل (وجه) قولهما ان الفسخ لو نفذ بغير علم صاحبه لتضرر به صاحبه فلا ينفذ دفعاً للضرر عنه كالموكل اذا عزل وكيله بغير علمه و بيان الضرر ان صاحبه اذا لم يعلم بالفسخ فتصرف فى المبيع بعد مضى مدة الخيار على ظن أنه ملكه فلو جاز الفسخ من غير علمه لتبين أنه تصرف فى ملك غيره وأنه سبب لوجوب الضمان فيتضرر به ولهذا لم يجز عزل الوكيل بغير علمه كذا هذا بخلاف الاجازة أنه يصح من غير علمه لانه لا ضرر فيه وكذا لا ضرر فى بيع الوكيل بغير علم الموكل ومنها أن لا يكون فى الفسخ تفريق الصفقة حتى لا يملك الاجازة فى البعض دون البعض لانه تفريق الصفقة قبل تمامها وأنه باطل (وأما) الخيار الثابت بالشرط دلالة فهو خيار العيب والكلام فى بيع المعيب فى مواضع فى بيان حكمه وفى بيان صفة الحكم وفى بيان تفسير العيب الذى يوجب الخيار وتفصيل المفسر وفى بيان شرائط ثبوت الخيار وفى طريق اثبات العيب وفى بيان كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته وفى بيان من تلزمه الخصومة فى العيب ومن لا تلزمه وفى بيان ما يمنع الرد بالعيب وفى بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته و يلزم البيع وفى بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع وفى بيان طريق الرجوع (أما) حكمه فهو ثبوت الملك للمشترى فى المبيع للحال لان ركن البيع مطلق عن الشرط والثابت بدلالة

النص شرط السلامة لا شرط السبب ولا شرط الحكم وأثره فى منع اللزوم لا فى منع أصل الحكم بخلاف البيع بشرط الخيار لان الشرط المنصوص عليه هناك دخل على السبب فيمنع انعقاده فى حق الحكم فى مدة الخيار (وأما) صفته فهى أنه ملك غير لازم لان السلامة شرط فى العقد دلالة فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه والدليل على أن السلامة مشروطة فى العقد دلالة ان السلامة فى البيع مطلوبة المشترى عادة الى آخره لان غرضه الانتفاع بالمبيع ولا يتكامل انتفاعه الا بقيد السلامة ولانه لم يدفع جميع الثمن الا ليسلم له جميع المبيع فكانت السلامة مشروطة فى العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصاً فاذا فاتت المساواة كان له الخيار كما اذا اشترى جارية على انها بكر أو على انها طباخة فلم يجدها كذلك وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضاً لانه عقد معاوضة والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة وتحقيق المساواة فى مقابلة البدل بالمبدل والسلامة بالسلامة فكان اطلاق العقد مقتضيا للسلامة فاذا لم يسلم المبيع للمشترى يثبت له الخيار لان المشترى يطالبه بتسليم قدر الفائت بالعيب بحكم العقد وهو عاجز عن تسليمه فيثبت الخيار ولان السلامة لما كانت مرغوبة المشترى ولم يحصل فقد اختل رضاه وهذا يوجب الخيار لان الرضا شرط صحة البيع قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم فانعدام الرضا يمنع صحة البيع واختلاله يوجب الخيار فيه اثباتا للحكم على قدر الدليل والاصل فى شرعية هذا الخيار ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى شاة محفلة فوجدها مصراة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام وفى رواية فهو بأحد النظرين الى ثلاثة ان شاء أمسك وان شاء ردو ردمعها صاعا من تمر والنظران المذكوران هما نظر الامساك والرد وذكر الثلاث فى الحديث ليس للتوقيت لان هذا النوع من الخيار ليس بموقت بل هو بناء الامر على الغالب المعتاد لان المشترى ان كان به عيب يقف عليه المشترى فى هذه المدة عادة فيرضى به فيمسكه أولا يرضى به فيرده والصاع من التمر كانه قيمة اللبن الذى حلبه المشترى علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المشاهدة والله عز وجل أعلم (وأما) تفسير العيب الذى يوجب الخيار وتفصيل المفسر فكل ما يوجب نقصان الثمن فى عادة التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا فهو عيب يوجب الخيار ومالا فلا نحو العمى والعور والحول والقبل وهو نوع من الحول مصدر الاقبل وهو الذى كانه ينظر الى طرف أنفه والسبل وهو زيادة فى الاجفان والعشا مصدر الاعشى وهو الذى لا يبصر بالليل والخوص مصدر الاخوص وهو غائر العين والجوص مصدر الاحوص وهو الضيق مؤخر العين والغرب وهو ورم فى الاماق وهى اطراف العين التى تلى الانف وقيل هو درور الدمع دائما والظفرة وهى التى يقال لها بالفارسية ناخنه والشتر وهو انقلاب جفن العين والبرص والقرع والسلع والشلل والزمانة والقدع وهو اعوجاج فى الرسغ من اليد أو الرجل والفحج مصدر الافحج وهو الذى يتدانى عقباه وينكشف ساقاه فى المشى والصكك مصدر الاصك وهو الذى يصكك ركبتاه والحنف مصدر الاحنف وهو الذى أقبلت احدى ابهام رجليه على الاخرى والبزى مصدر الابزى وهو خروج الصدر والعسر مصدر الاعسر وهو الذى يعمل بشماله والاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاغية والسوداء والناقصة والظفر الاسود والبخر وهو نتن الفم فى الجوارى لا فى العبيد الا أن يكون فاحشا لانه حينئذ يكون عن داء والزفر وهو نتن الابط فى الجارية لا فى الغلام الا أن يفحش فيكون عيبا فيهما جميعا والادر مصدر الادرة وهو الذى به أدرة يقال لها بالفارسية فتح والرتق وهو انسداد فرج الجارية والفتق وهو انفتاح فرجها والقرن وهو فى النساء كالادرة فى الرجال والشمط والشيب فى الجوارى والعبيد والسلول والقروح والشجاج والامراض كلها والحبل فى الجوارى لا فى البهائم لانه زيادة فى البهيمة وحذف الحروف فى المصحف الكريم أو فى بعضه والزنا فى الجارية لا فى الغلام لانه يفسد الفراش وقد يقصد الفراش فى الاماء بخلاف الغلام الا اذا فحش وصار اتباع النساء عادة له فيكون عيبا فيه أيضا لانه يوجب تعطيل منافعه على المولى وكذا اذا ظهر وجوب الحد عليه فهو عيب وقال بعض مشايخنا ببلخ الزنا يكون عيبا فى الغلام أيضا لانه لا يؤتمن على أهل البيت فلا يستخدم

وهذا ليس بسديد لان الغلام الكبير لا يشترى للاستخدام فى البيت بل للاعمال الخارجة وكون المشترى ولد الزنا فى الجارية لا فى العبيد لما ذكرنا أنه قد يقصد الفراش من الجوارى فاذا جاءت بولد يعير ولده بأمه بخلاف الغلام لانه يشترى للخدمة عادة والكفر فى الجارية والغلام عيب لان الطبع السليم ينفر عن صحبة الكافر (وأما) الاسلام فليس بعيب بأن اشترى نصرانى عبدا فوجده مسلما لان الاسلام زيادة والنكاح فى الجارية والغلام لان منافع البضع مملوكة للزوج والعبد يباع فى المهر والنفقة فيوجب ذلك نقصانا فى ثمنهما والعدة من طلاق رجعى لا من طلاق بائن او ثلاث لان الرجعى لا يوجب زوال الملك بخلاف البائن والثلاث واحتباس الحيضة فى الجارية البالغة مدة طويلة شهران فصاعدا والاستحاضة لان ارتفاع الحيض فى أوانه لا يكون الا لداء عادة وكذا استمرار الدم فى أيام الطهر والاحرام فى الجارية ليس بعيب لان المشترى يملك ازالته فان له ان يحللها والحرمة بالرضاع أو الصهرية ليس بعيب فيها لان الجوارى لا يشترين للاستمتاع عادة بل للاستخدام فى البيت وهذه الحرمة لا تقدح فى ذلك بخلاف النكاح حيث يكون عيبا وان لم يثبت به الا حرمة الاستمتاع لانه يخل بالاستخدام والثيابة فى الجارية ليس بعيب الا أن يكون اشتراها على شرط البكارة فيردها بعد الشرط والدين والجناية لانه يدفع بالجناية ويباع بالدين والجهل بالطبخ والخبز فى الجارية ليس بعيب لانه لا يوجب نقصان الثمن فى عادة التجار بل هو حرفة بمنزلة الخياطة ونحوها فانعدامه لا يكون عيبا الا أن يكون ذلك مشروطا فى العقد فيردها لفوات الشرط لا للعيب ولو كانت تحسن الطبخ والخبز فى يد البائع ثم نسيت فى يده فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك ردها وان لم يكن ذلك مشروطا فى العقد لانها اذا كانت تحسن ذلك فى يد البائع وهى صفة مرغوبة تشترى لها الجارية عادة فالظاهر انه انما اشتراها رغبة فيها فصارت مشروطة دلالة فيردها لانعدام المشروط كما لو شرط ذلك نصا وانعدام الختان فى الغلام والجارية اذا كانا مولودين كبيرين فان كانا مولودين صغيرين فليس بعيب لان الختان فى حالة الكبر فيه زيادة ألم وهذا الذى ذكر فى الجارية فى عرف بلادهم لانهم يختنون الجوارى فاما فى عرف ديارنا فالجارية لا تختن فعدم الختان فيها لا يكون عيبا أصلا وان كان الغلام كبيرا حربيا لا يكون عيبا لان فيه ضرورة لان أكثر الرقيق يؤتى به من دار الحرب وأهل الحرب لا ختان لهم فلو جعل ذلك عيبا يرد به لضاق الامر على الناس ولان الختان اذا لم يكن من فعل أهل دار الحرب وعاداتهم ومع ذلك اشتراه كان ذلك منه دلالة الرضا بالعيب والاباق والسرقة والبول فى الفراش والجنون لان كل واحد منها يوجب النقصان فى الثمن فى عادة التجار نقصانا فاحشا فكان عيبا الا أنه هل يشترط فى هذه العيوب الاربعة اتحاد الحالة وهل يشترط ثبوتها عند المشترى بالحجة لثبوت حق الرد فسنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى والحنف مصدر الاحنف من الخيل وهو الذى احدى عينيه زرقاء والاخرى كحلاء والصدف مصدر الاصدف وهو الدابة التى يتدانى فخذاها ويتباعد حافراها ويلتوى رسغاها والعزل مصدر الاعزل وهو من الدواب الذى يقع ذنبه من جانب عادة لا خلقة والمشش وهو ارتفاع العظم لا فقاصابته والجرد مصدر الاجرد وهو من الابل الذى أصابه انقطاع عصب من يده أو رجله فهو ينقصها اذا سار والحران والحرون مصدر الحرون وهو الذى يقف ولا ينقاد للسائق ولا للقائد والجماح والجموح مصدر الجموح وهو أن يشتد الفرس فيغلب راكبه وخلع الرسن ظاهر وبل المخلاة كذلك والهشم فى الاوانى والصدع فى الحوائط والجذوع ونحوها من العيوب فأنواع العيوب فيها كثيرة لا وجه لذكرها ههنا كلها والتعويل فى الباب على عرف التجار فما نقص الثمن فى عرفهم فهو عيب يوجب الخيار وما لا فلا والله عز وجل أعلم وأما شرائط ثبوت الخيار (فمنها) ثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم حتى لو حدث بعد ذلك لا يثبت الخيار لان ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة فى العقد دلالة وقد حصلت السلعة سليمة فى يد المشترى (ومنها) ثبوته عند المشترى بعد ما قبض المبيع ولا يكتفى بالثبوت عند البائع لثبوت حق الرد فى جميع العيوب عند عامة المشايخ وقال بعضهم فيما سوى العيوب الاربعة من الاباق والسرقة والبول فى

الفراش والجنون فكذلك فأما فى العيوب الاربعة فثبوتها عند المشترى ليس بشرط بل الثبوت عند البائع كاف
و بعضهم فصل فى العيوب الاربعة فقال لا يشترط فى الجنون و يشترط فى غيره من العيوب الثلاثة (وجه) قول من
فصل هذه العيوب الاربعة من سائرها فى اعتبار هذا الشرط ان هذه العيوب عيوب لازمة لا زوال لها اذا ثبتت فى
شخص الى أن يموت فثبوتها عند البائع يدل على بقائها عند المشترى فكان له حق الرد من غير أن يظهر عنده بخلاف
سائر العيوب فانها ليست بلازمة (وجه) قول من فرق بين الجنون وغيره من الانواع الثلاثة ان الجنون لفساد فى
محل العقد وهو الدماغ وهذا مما لا زوال له عادة اذا ثبت ولهذا قال محمد ان الجنون عيب لازم بخلاف الاباق والبول فى
الفراش انها ليست بلازمة بل تحتمل الزوال لزوال أسبابها (وجه) قول العامة قول محمد نصا فى الجامع الصغير فانه
ذكر فيه أنه لا يثبت للمشترى حق الرد فى هذه العيوب الاربعة الا بعد ثبوتها عنده فكان المعنى فيه ان الثابت عند
البائع محتمل الزوال قابل الارتفاع فاما ماسوى العيوب الاربعة لا شك فيه وكذلك العيوب الاربعة لان حدوثها
فى الذات للاسباب الموجبة للحدوث وهى محتملة للزوال فكانت هى محتملة للزوال لاحتمال زوال أسبابها فان
بقيت يثبت حق الرد وان ارتفعت لا يثبت فلا يثبت حق الرد بالاحتمال فلا بد من ثبوتها عند المشترى ليعلم انها قائمة
وقول القائل الجنون اذا ثبت لا يزول عادة ممنوع فان المجنون قد يفيق و يزول جنونه بحيث لا يعود اليه فما لم يوجد
عند المشترى لا يعلم بقاؤه كما فى الانواع الاخر الا أن الفرق بين الجنون وغيره من الانواع الثلاثة من وجه آخر وهو
ان هناك يشترط اتحاد الحالة لثبوت حق الرد وهو أن يكون وجودها عند البائع والمشترى فى حالة الصغر أو فى حال
الكبر حتى لو أبق أو سرق أو بال فى الفراش عند البائع وهو صغير عاقل ثم كان ذلك فى يد المشترى بعد البلوغ لا يثبت له
حق الرد وفى الجنون اتحاد الحالة ليس بشرط وانما كان كذلك لان اختلاف الحال فى العيوب الثلاث يوجب
اختلاف السبب لان السبب البول على الفراش فى حال الصغر هو ضعف فى المثانة وفى الكبر هو داء فى الباطن
والسبب فى الاباق والسرقة فى الصغر هو الجهل وقلة التميز وفى الكبر الشرارة وخبث الطبيعة واختلاف السبب
يوجب اختلاف الحكم فكان الموجود فى يد المشترى بعد البلوغ غير الموجود فى يد البائع فكان عيبا حادثا وانه يمنع
الرد بالعيب بخلاف الجنون لان سببه فى الحالين واحد لا يختلف وهو فساد فى محل العقل وهو الدماغ فكان الموجود
فى حالة الكبر عين الموجود فى حالة الصغر وهذا والله عز وجل أعلم معنى قول محمد فى الكتاب الجنون عيب لازم أبدا
لا ما قاله أولئك والله عز وجل الموفق (ومنها) عقل الصبى فى الاباق والسرقة والبول على الفراش حتى لو أبق أو
سرق أو بال على الفراش فى يد البائع وهو صغير لا يعقل ثم كان ذلك فى يد المشترى وهو كذلك لا يثبت له حق الرد وهذا
اذا فعل ذلك فى يد البائع وهو صغير لا يعقل ثم وجد ذلك فى يد المشترى بعد ما عقل لان الموجود فى يد البائع ليس بعيب
ولا بد من وجود العيب فى يده (ومنها) اتحاد الحال فى العيوب الثلاثة فان اختلف لم يثبت حق الرد بان أبق أو سرق
أو بال على الفراش فى يد البائع وهو صغير عاقل ثم كان ذلك فى يد المشترى بعد البلوغ لان اختلاف الحال دليل
اختلاف سبب العيب على ما بينا واختلاف سبب العيب يوجب اختلاف العيب فكان الموجود بعد البلوغ عيبا
حادثا عند الرد والله عز وجل أعلم (ومنها) جهل المشترى بوجود العيب عند العقد والقبض فان كان عالما به عند أحدهما
فلا خيار له لان الاقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضا به دلالة وكذا اذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعده قبل القبض لان
تمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد (ومنها) عدم اشتراط البراءة عن العيب فى البيع
عندنا حتى لو شرط فلا خيار للمشترى لان شرط البراءة عن العيب فى البيع عندنا صحيح فاذا أبرأه فقد أسقط حق
نفسه فصح الاسقاط فيسقط ضرورة ثم الكلام فى البيع بشرط البراءة فى الاصل فى موضعين أحدهما فى جوازه
والثانى فى بيان ما يدخل تحت البراءة من العيب أما الكلام فى جوازه فقد مر فى موضعه وانما الحاجة ههنا الى بيان
ما يدخل تحت البراءة من العيب فنقول و بالله التوفيق البراءة لا تخلو اما ان كانت عامة بان قال بعت على انى برىء من

العيوب أو قال من كل عيب واما ان كانت خاصة بان قال من عيب كذا اوسماه وكل ذلك لا يخلو من ثلاثة أوجه إما ان قيد البراءة بعيب قائم حالة العقد واما ان أطلقها اطلاقا واما ان أضافها الى عيب يحدث فى المستقبل فان قيدها بعيب قائم حالة العقد لا يتناول العيب الحادث بعد البيع قبل القبض بلا خلاف سواء كانت البراءة عامة بان قال أبرأتك من كل عيب به أو خاصة بان قال أبرأتك مما به من عيب كذا لان اللفظ المقيد بوصف لا يتناول غير الموصوف بتلك الصفة وان أطلقها اطلاقا دخل فيه القائم والحادث عند أبى يوسف وعند محمد لا يدخل فيه الحادث وله أن يرده وهو قول زفر (وجه) قول محمد ان الابراء عن العيب يقتضى وجود العيب لان الابراء عن المعدوم لا يتصور والحادث لم يكن موجودا عند البيع فلا يدخل تحت الابراء فلو دخل انما يدخل بالاضافة الى حالة الحدوث والابراء لا يحتمل الاضافة لان فيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولهذا لم يدخل الحادث عند الاضافة اليه نصا فعند الاطلاق أولى (وجه) قول أبى يوسف ان لفظ الابراء يتناول الحادث نصا ودلالة (أما) النص فانه عم البراءة عن العيوب كلها أو خصها بجنس من العيوب على الاطلاق نصا فتخصيصه أو تقييده بالموجود عند العقد لا يجوز الا بدليل (وأما) الدلالة فهى ان غرض البائع من هذا الشرط هو انسداد طريق الرد ولا ينسد الا بدخول الحادث فكان داخلا فيه دلالة (وأما) قول محمد ان هذا ابراء عما ليس بثابت فعبارة الجواب عن هذا الحرف من وجهين أحدهما أن يقال هذا ممنوع بل هو ابراء عن الثابت لكن تقديرا وبيانه من وجهين أحدهما ان العيب الحادث قبل القبض كالموجود عند العقد ولهذا يثبت حق الرد به كما يثبت بالموجود عند العقد ولما ذكرنا ان القبض حكم العقد فكان هذا ابراء عن حق ثابت تقديرا والثانى ان سبب حق الرد موجود وهو البيع لان البيع يقتضى تسليم المعقود عليه سليما عن العيب فاذا عجز عن تسليمه بصفة السلامة يثبت له حق الرد ليسلم له الثمن فكان وجود تسليم المبيع سببا لثبوت حق الرد والبيع سبب لوجود تسليم المبيع فكان ثبوت حق الرد بهذه الوسائط حكم البيع السابق والبيع سبب فكان هذا ابراء عن حق الرد بعد وجود سببه وسبب الشىء اذا وجد يجعل هو ثبوتا تقديرا لاستحالة خلو الحكم عن السبب فكان ابراء عن الثابت تقديرا ولهذا صح الابراء عن الجراحة لكون الجرح سبب السراية فكان ابراء عما يحدث من الجرح تقديرا وكذا الابراء عن الاجرة قبل استيفاء المنفعة يصح وان كانت الاجرة لا تملك عندنا بنفس العقد لما قلنا كذا هذا والثانى ان هذا ابراء عن حق ليس بثابت لكن بعد وجود سببه وهو البيع وانه صحيح كالابراء عن الجرح والابراء عن الاجرة على ما بينا بخلاف الابراء عن كل حق له أنه لا يتناول الحادث لان الحادث معدوم للحال بنفسه و بسببه فلو انصرف اليه الابراء لكان ذلك ابراء عما ليس بثابت أصلا لا حقيقة ولا تقديرا لانعدام سبب الحق فلم ينصرف اليه وقوله لو تناول الحادث لكان هذا تعليق البراءة بشرط أو الاضافة الى وقت ممنوع بل هذا ابراء عن حق ثابت وقت الابراء تقديرا لما بينا من الوجهين فلم يكن هذا تعليقا ولا اضافة فيصح والله عز وجل أعلم وان أضافها الى عيب حادث بان قال على أنى برىء من كل عيب يحدث بعد البيع فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا لان الابراء لا يحتمل الاضافة لانه وان كان اسقاطا ففيه معنى التمليك ولهذا لا يحتمل الارتداد بالرد ولا يحتمل الاضافة الى زمان فى المستقبل نصا كما لا يحتمل التعليق بالشرط فكان هذا بيعا أدخل فيه شرطا فاسدا فيوجب فساد البيع ولو اختلفا فى عيب فقال البائع هو كان موجودا عند العقد فدخل تحت البراءة وقال المشترى بل هو حادث لم يدخل تحت البراءة فان كانت البراءة مطلقة فهذا لا يتفرع على قول أبى يوسف لان العيب الحادث داخل تحت البراءة المطلقة عنده فأما على قول محمد فالقول قول البائع مع يمينه وقال زفر والحسن بن زياد القول قول المشترى (وجه) قولهما ان المشترى هو المبرى لان البراءة تستفاد من قبله فكان القول فيما أبرأ قوله (وجه) قول محمد ان البراءة عامة والمشترى يدعى حق الرد بعد عموم البراءة عن حق الرد بالعيب والبائع ينكر فكان القول قوله كما لو أبرأه عن الدعاوى كلها ثم ادعى شيأ مما فى يده وهو ينكر كان القول قوله دون المشترى لما قلنا كذا هذا ولو كانت مقيدة بعيب يكون

عند العقد فاختلف البائع والمشترى على نحو ماذكرنا فالقول قول المشترى لان البراءة المقيدة بحال العقد لا تتناول الا الموجود حالة العقد والمشترى يدعى العيب لأقرب الوقتين والبائع يدعيه لأبعدهما فكان الظاهر شاهدا للمشترى وهذا لان عدم العيب أصل والوجود عارض فكان احالة الموجود الى أقرب الوقتين أقرب الى الاصل والمشترى يدعى ذلك فكان القول قوله ولو اشترى عبدا وقبضه فساومه رجل فقال المشترى اشتره فانه لا عيب به ثم لم يتفق البيع بينهما ثم وجد المشترى به عيبا وأقام البينة على أن هذا العيب كان عند البائع فقال له البائع انك أقررت أنه لا عيب به فقد أكذبت شهودك لا يبطل بهذا الكلام حقه فى الرد بالعيب وله أن يرده لان مثل هذا الكلام فى المتعارف لا يراد به حقيقة وانما يذكر لترويج السلعة ولان ظاهره كذب لانه نفى عنه العيوب كلها والآدمى لا يخلو عن عيب فالتحق بالعدم وصار كانه لم يتكلم به ولو عين نوعا من العيوب بان قال اشتره فانه ليس به عيب كذا ثم وجد به عيبا وأراد الرد فان كان ذلك نوعا آخر سوى النوع الذى عينه له أن يرده لانه لا اقرار منه بهذا النوع وان كان من النوع الذى عين ينظر ان كان مما يحدث مثله فى مثل تلك المدة ليس له حق الرد لان مثل هذا الكلام يراد به التحقيق فى المتعارف لا ترويج السلعة فصار مناقضا ولان الآدمى يخلو عن عيب معين فلم يتعين بكذبه وان كان مما لا يحدث مثله فى مثل تلك المدة له حق الرد لانا تيقنا بكذبه حقيقة فالتحق كلامه بالعدم ولو أبرأه عن عيب واحد شجة أو جرح فوجد شجتين أو جرحين فعلى قول أبى يوسف الخيار للبائع يبرأ من أيهما شاء وعلى قول محمد الخيار للمشترى يرد أيهما شاء وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر عند امتناع الرد باعتراض أسباب الامتناع من هلاك المبيع أو حدوث عيب آخر فى يد المشترى أو غير ذلك من الاسباب المانعة من الرد وأراد الرجوع بنقصان العيب فأما عند امكان الرد فلا تظهر فائدة فى هذا الاختلاف (وجه) قول محمد ان الابراء يستفاد من قبل المشترى والاجمال جاء من قبله حيث أطلق البراءة الى شجة واحدة غير عين واذا كان الاجمال منه كان البيان اليه (وجه) قول أبى يوسف ان الابراء وان كان من المشترى لكن منفعة الابراء عائدة الى البائع فصار كان المشترى فوض التعيين اليه فكان الخيار له ولو أبرأه من كل داء روى الحسن عن أبى حنيفة انه يقع عن الباطن لان الظاهر يسمى مرضا لا داء وروى عن أبى يوسف انه يقع عن الظاهر والباطن جميعا لان الكل داء ولو أبرأه من كل غائلة فهى على السرقة والاباق والفجور وكل ما كان من فعل الانسان مما يعده التجار عيبا كذا روى عن أبى يوسف لان الغائلة هى الجناية وهى التى تكتب فى عهدة المماليك لا داء ولا غائلة على ما كتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم حينما اشترى عبدا أو أمة وهذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من القد بن خالد بن هوذة عبدا أو أمة لا داء به ولا غائلة بيع المسلم من المسلم والله عز وجل أعلم (وأما) طريق اثبات العيب فلا يمكن الوصول الى معرفة أقسام العيوب لان طريق اثبات العيب يختلف باختلاف العيب فنقول وبالله التوفيق العيب لا يخلو (اما) أن يكون ظاهرا شاهدا يقف عليه كل أحد كالاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاغية والساقطة وبياض العين والعور والقروح والشجاج ونحوها (واما) أن يكون باطنا خفيا لا يقف عليه الا الخواص من الناس وهم الاطباء والبياطرة (واما) أن يكون مما لا يقف عليه الا النساء بان كان على فرج الجارية أو مواضع العورة منها واما أن يكون مما لا يقف عليه النساء بان كان داخل الفرج واما أن يكون مما لا يقف عليه الا الجارية المشتراة كارتفاع الحيض والاستحاضة واما أن يكون مما لا يوقف عليه الا بالتجربة والامتحان عند الخصومة كالاباق والسرقة والبول على الفراش والجنون والمشترى لا يخلو اما أن يريد اثبات كون العيب فى يده للحال واما أن يريد اثبات كونه فى يد البائع عند البيع والقبض فان أراد اثبات كونه للحال فان كان يوقف عليه بالحس والعيان فانه يثبت بنظر القاضى أو أمينه لان العيان لا يحتاج الى البيان وان كان لا يقف عليه الا الاطباء والبياطرة فيثبت لقوله عز وجل فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وهم فى هذا الباب من أهل الذكر فيسئلون وهل يشترط فيه العدد ذكر الكرخى فى مختصره انه يشترط فلا يثبت الا بقول اثنين منهم من أهل

الشهادة وهكذا ذكر القاضي الاسبيجابي في شرحه مختصر الطحاوي وذكر شيخي الامام الزاهد علاء الدين محمد ابن أحمد السمرقندي رحمه الله في بعض مصنفاته انه ليس بشرط و يثبت بقول مسلم عدل منهم وكذا ذكر الشيخ الامام الزاهد أبو المعين في الجامع الكبير من تصانيفه (وجه) هذا القول ان هذه الشهادة لا يتصل بها القضاء وانما تصح بها الخصومة فقط فلا يشترط فيها العدد وهذا لان شرط العدد في الشهادة ثبت تعبدا غير معقول المعنى لان رجحان جانب الصدق على جانب الكذب في خبر المسلم لا يقف على عدد بل يثبت بنفس العدالة الا أن الشرع ورد به تعبدا فيراعى فيه مورد التعبد وهو شهادة يتصل بها القضاء وهذه شهادة لا يتصل بها القضاء فبقيت على أصل القياس وحجة القول الاول النصوص المقتضية لاعتبار العدد في عموم الشهادة والمعقول الذي ذكرناه في كتاب الشهادات ولان هذه الشهادة وان كان لا يتصل بها القضاء لكنها من ضرورات القضاء لا وجود للقضاء بدونها ألا ترى انه ما لم يثبت العيب عند البائع والمشتري فالقاضي لا يقضي بالرد فكان من ضرورات القضاء فيشترط فيها العدد كما يشترط في الشهادة على اثبات العيب عند البائع وان كان مما لا يطلع عليه الا النساء فالقاضي يريهن ذلك لقوله عز وجل فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والنساء فيما لا يطلع عليه الرجال أهل الذكر ولا يشترط العدد منهن بل يكتفى بقول امرأة واحدة عدل والثنتان أحوط لان قولها فيما لا يطلع عليه الرجال حجة في الشرع كشهادة القابلة في النسب لكن لا بد من العدالة لان هذا يرجح جانب الصدق على جانب الكذب في الخبر ولا يثبت بقول المشتري وان كان يطلع عليه لان النظر الى موضع العيب مباح له لانه متهم في هذا الباب ولا تهمة فيهن ورخصة النظر ثابتة لهن حالة الضرورة على ما ذكرنا في كتاب الاستحسان فيلحق هذا بما لا يطلع عليه الا النساء لما قلنا وان كان لا يطلع عليه الا الجارية المشتراة فلا يثبت بقولها لكونها متهمة وان كان في داخل فرجها فلا طريق للوقوف عليه أصلا فكان الطريق في هذين النوعين هو استحلاف البائع بالله عز وجل ليس به الحال هذا العيب (وأما) الاباق والسرقة والبول في الفراش والجنون فلا يثبت الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان هذا مما لا يوقف عليه الا بالخبر ولا ضرورة فيه فلا بد من اعتبار العدد فيه كما في سائر الشهادات فان لم يقم للمشتري حجة على اثبات العيب للحال في هذه العيوب الاربعة هل يستحلف البائع لم يذكر في الاصل وذكر في الجامع انه يستحلف في قول أبي يوسف ومحمد وسكت عن قول أبي حنيفة عن المشايخ من قال يستحلف بلا خلاف بينهم والتنصيص على قولهما لا يدل على ان أبا حنيفة مخالفهما ومنهم من قال المسئلة على الاختلاف ذكرت في النوادر وذكر الطحاوي أيضا ان عند أبي حنيفة لا يستحلف وعندهما يستحلف (وجه) قولهما ان المشتري يدعي حق الرد ولا يمكنه الرد الا باثبات العيب عند نفسه وطريق الاثبات البينة أو نكول البائع فاذا لم تقم له بينة يستحلف لينكل البائع فيثبت العيب عند نفسه ولهذا يستحلف عند عدم البينة على اثبات العيب عند البائع كذا هذا ولابي حنيفة ان الاستحلاف يكون عقيب الدعوى على البائع ولا دعوى له على البائع الا بعد ثبوت العيب عند نفسه ولم يثبت فلم تثبت دعواه على البائع فلا يستحلف وقولهما له طريق الاثبات وهو النكول قلنا النكول بعد الاستحلاف وانعدام الدعوى يمنع الاستحلاف لان استحلاف البائع في هذه العيوب على العلم لا على البتات بالله ما يعلم ان هذا العبد أبق عند المشتري ولا سرق ولا بال على الفراش ولا جن ولا يحلف على البتات لانه حلف على غير فعله ومن حلف على غير فعله يحلف على العلم لانه لا علم له بما ليس بفعله ومن حلف على فعل نفسه يحلف على البتات أصله خبر المثنوي فان حلف لم يثبت العيب عند المشتري وان نكل يثبت عنده فيحتاج الى الاثبات عنده وان أراد اثبات العيب عند البائع فينظر ان كان العيب مما لا يحتمل الحدوث أصلا كالاصبع الزائدة ونحوها أو لا يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة كالسن الشاغية ونحوها ثبت كونه عند البائع بثبوت كونه عند المشتري لانه اذا لم يحتمل الحدوث أو لا يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة فقد تيقنا بكونه عند البائع وان كان مما يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة لا يكتفى بثبوت كونه عند

المشترى بل يحتاج المشترى الى اثبات كونه عند البائع لانه اذا احتمل حدوث مثله فى مثل تلك المدة احتمل أنه لم يكن عند البائع وحدث عند المشترى فلا يثبت حق الرد بالاحتمال فلا بد من اثباته عند البائع بالبينة وهى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين طبيبتين كانا أو غير طبيبتين وانما شرط العدد فى هذه الشهادة لانها شهادة يقضى بها على الخصم فكان العدد فيها شرطا كسائر الشهادات التى يقضى بها على الخصوم وروى عن أبى يوسف ان فيما لا يطلع عليه الا النساء يرد بثبوته عند المشترى ولا يحتاج الى الاثبات عند البائع والمشهور من مذهب أبى يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا يكتفى بالثبوت عند المشترى بل لا بد من اثباته عند البائع وهو الصحيح لان قول النساء فى هذا الباب حجة ضرورة والضرورة فى القبول فى حق ثبوته عند المشترى لتوجه الخصومة وليس من ضرورة ثبوته عند البائع لاحتمال الحدوث فيقبل قولهما فى حق توجه الخصومة لان حق الرد على البائع واذا كان الثبوت عند البائع فيما يحدث مثله شرطا لثبوت حق الرد فيقول القاضى هل كان هذا العيب عندك فان قال نعم رد عليه الا أن يدعى الرضا أو الابراء وان قال لا كان القول قوله الا أن يقيم المشترى البينة لان المشترى يدعى عليه حق الرد وهو ينكر فان أقام المشترى البينة على ذلك رده على البائع الا أن يدعى البائع الدفع أو الابراء ويقيم البينة على ذلك فتندفع دعوى المشترى وان لم يكن له بينة فطلب يمين المشترى حلفه القاضى بالله سبحانه وتعالى ما رضى بهذا العيب والا ابرأه عنه ولا عرضه على البيع منذ رآه وان لم يدع الدفع بالرضا والابراء فان القاضى يقضى بفسخ العقد ولا يستحلف المشترى على الرضا والابراء والعرض على البيع عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يفسخ ما لم يستحلفه بالله تعالى ما رضى بهذا العيب ولا أبرأه عنه ولا عرضه على البيع بعد ما علم به من العيب (وجه) قول أبى يوسف ان القاضى لو قضى بالفسخ قبل الاستحلاف فمن الجائز أن يدعى البائع على المشترى بالدفع بدعوى الرضا والابراء بعد القضاء بالفسخ ويقيم البينة عليه فيفسخ قضاؤه فكان الاستحلاف قبل الفسخ فيه صيانة للقضاء عن النقض وانه واجب (وجه) قولهما ان البائع اذا لم يطلب يمين المشترى فتحليف القاضى من غير طلب الخصم انشاء الخصومة والقاضى نصب لقطع الخصومة لا لانشائها وقول أبى يوسف ان فى هذا صيانة قضاء القاضى عن الفسخ فنقول الصيانة حاصلة بدونه لان الظاهر ان البائع لم يعلم بوجود الرضا من المشترى اذ لو علم لادعى الدفع بدعوى ولما سكت عن دعوى الدفع عند قيام البينة دل انه لم يظهر له الرضا من المشترى فلا يدعى الدفع بعد ذلك وان لم يقم المشترى بينة على اثبات العيب عند البائع وطلب المشترى يمينه ففيما سوى العيوب الاربعة يستحلف على البتات بالله تعالى لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب وانما يجمع بين البيع والتسليم فى الاستحلاف لان الاقتصار على البيع يوجب بطلان حق المشترى فى بعض الاحوال لجواز أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم فيبطل حقه فكان الاحتياط هو الجمع بينهما ومنهم من قال لا احتياط فى هذا لانه لو استحلف على هذا الوجه فمن الجائز حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فيكون البائع صادقا فى يمينه لان شرط حنثه وجود العيب عند البيع والتسليم جميعا فلا يحنث بوجوده فى أحدهما فيبطل حق المشترى فكان الاحتياط فى هذا الاستحلاف على حاصل الدعوى بالله عز وجل ماله حق الرد بهذا العيب الذى ذكره ومنهم من قال يستحلف بالله تعالى لقد سلمته وما به هذا العيب الذى يدعى وهو صحيح لانه يدخل فيه الموجود عند البيع والحادث قبل التسليم وانما لم يستحلف على البتات لانه استحلف على فعل نفسه وهو البيع والتسليم بصفة السلامة ثم اذا حلف فان حلف برئ ولا يرد عليه وان نكل يرد عليه ويفسخ العقد الا اذا ادعى البائع على المشترى الرضا بالعيب أو الابراء عنه أو العرض على البيع بعد العلم به ويقيم البينة فيبرأ ولا يرد عليه وان لم يكن له بينة وطلب تحليف المشترى يحلف عليه وان لم يطلب يفسخ العقد ولا يحلفه عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف على ما تقدم (وأما) فى العيوب الاربعة ففى الثلاثة منها وهى الاباق والسرقة والبول فى الفراش يستحلف بالله تعالى ما أبق عندك منذ بلغ مبلغ الرجال وفى الجنون بالله عز وجل ما جن عندك قط وانما اختلفت هذه العيوب فى كيفية

الاستحلاف

الاستحلاف لما ذكرنا فيما تقدم ان اتحاد الحالة فى العيوب الثلاثة شرط ثبوت حق الرد وليس بشرط فى الجنون بل هو عيب لازم أبدا وأما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته فالمبيع لا يخلو اما أن يكون فى يد البائع أو فى يد المشترى فان كان فى يد البائع ينفسخ البيع بقول المشترى رددت ولا يحتاج الى قضاء القاضى ولا الى التراضى بالاجماع وان كان فى يد المشترى لا ينفسخ الا بقضاء القاضى أو بالتراضى عندنا وعند الشافعى رحمه الله ينفسخ بقوله رددت من غير الحاجة الى القضاء ولا الى رضا البائع وأجمعوا على ان الرد بخيار الشرط يصح من غير قضاء ولا رضاء وكذلك الرد بخيار الرؤية متصلا بلا خلاف بين أصحابنا (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان هذا نوع فسخ فلا تفتقر صحته الى القضاء ولا الى الرضا كالفسخ بخيار الشرط بالاجماع و بخيار الرؤية على أصلكم ولهذا لم يفتقر اليه قبل القبض وكذا بعده (ولنا) ان الصفقة تمت بالقبض وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ الصفقة بعد تمامها كالاقالة وهذا لان الفسخ يكون على حسب العقد لانه يرفع العقد ثم العقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا ينفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضى بخلاف ما قبل القبض لان الصفقة قبل القبض ليست بتامة بل تمامها بالقبض فكان بمنزلة القبول كانه لم يسترد بخلاف الرد بخيار الشرط لان الصفقة غير منعقدة فى حق الحكم مع بقاء الخيار فكان الرد فى معنى الدفع والامتناع من القبول و بخلاف الرد بخيار الرؤية لان عدم الرؤية منع تمام الصفقة لانه أوجب خللا فى الرضا فكان الرد كالدفع أما ههنا اذا الصفقة قد تمت بالقبض فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضا والله عز وجل أعلم وأما بيان من تلزمه الخصومة فى العيب فنقول و بالله التوفيق الخصومة فى البيع تلزم البائع سواء كان حكم العقد له أو لغيره بعد ان كان من أهل ان تلزمه الخصومة الا القاضى أو أمينه كالوكيل والمضارب والشريك والمكاتب والمأذون والاب والوصى لان الخصومة فى العيب من حقوق العقد وحقوق العقد فى هذا الباب راجعة الى العاقد اذا كان أهلا فان لم يكن بان كان صبيا أو محجورا أو عبدا محجورا فالخصومة لا تلزمه وانما تلزم الموكل على ماذكرنا فى كتاب الوكالة وأما القاضى أو أمينه فالخصومة لا تلزمه لان الولاية للقاضى انما ثبتت شرعا نظرا لمن وقع له العقد فلو لزمه العهدة لامتنع عن النظر خوفا من لزوم العهدة فكان القاضى فى هذا الباب بمنزلة الرسول فيه والوكيل فى باب النكاح وما يلزم الوكيل من العهدة يرجع بها على الموكل والمكاتب والمأذون لا يرجعان على المولى لان الوكيل يتصرف للموكل نيابة عنه وتصرف النائب كتصرف المنوب عنه وأما المكاتب والمأذون فانما يتصرفان بطريق الاصالة لانفسهما لا بطريق النيابة عن المولى لما عرف ان الاذن فك الحجر وازالة المانع فاذا زال الحجر بالاذن فالعبد يتصرف بمالكية نفسه فكان عاقدا لنفسه لا لمولاه والذى يقع للمولى هو حكم التصرف لا غير واذا كان عاقدا لنفسه كانت العهدة عليه ولو رد المبيع على الوكيل هل له أن يرده على موكله فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) أن يرده عليه ببينة قامت على العيب واما أن يرده عليه بنكوله واما أن يرده عليه باقراره بالعيب فان رده عليه ببينة قامت على العيب يرده على الموكل لان البينة حجة مطلقة وهو نائب عنه فيلزم الموكل وان رده عليه بنكوله فكذلك لان نكوله مضاف الى الموكل لكونه مضطرا ملجأ اليه ألا ترى انه لا يملكه فى الخصومة وانما جاءه هذا الاضطرار من ناحية الموكل لانه هو الذى أوقعه فيه فكان مضافا اليه وان رده عليه باقراره بالعيب ينظر ان كان عيبا لا يحدث مثله يرد على الموكل لانه علم بثبوته عند البيع بيقين وأما ان كان عيبا يحدث مثله لا يرد على الموكل حتى يقيم البينة فان كان رد عليه بقضاء القاضى باقراره لا يرد لان اقرار المقر يلزمه دون غيره لانه حجة قاصرة فكان حجة فى حقه خاصة لا فى حق موكله وان رد عليه بغير قضاء لزم الوكيل خاصة سواء كان العيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله لان الرد بغير قضاء وان كان فسخا فى حق العاقدين فهو بيع جديد فى حق غيرهما فلا يملك الرد على الموكل كأنه اشتراه فأما المضارب والشريك فبقبولهما يلزم رب المال والشريك الآخر لان حكم شركتهما تلزمهما بخلاف الوكيل والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يمنع الرد بالعيب و يسقط به الخيار بعد ثبوته و يلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم فنقول و بالله التوفيق الرد يمتنع بأسباب (منها)

الرضا بالعيب بعد العلم به لان حق الرد لفوات السلامة المشروطة في العقد دلالة ولما رضي بالعيب بعد العلم به دل انه ماشرط السلامة ولانه ثبت نظرا للمشتري دفعا للضرر عنه فاذا رضي بالعيب فلم ينظر لنفسه ورضي بالضرر ثم الرضا نوعان صريح وماهو في معنى الصريح ودلالة أما الاول فنحو قوله رضيت بالعيب أو أجزت هذا البيع أو أوجبته وما يجري هذا المجرى وأما الثاني فهو أن يوجد من المشتري بعد العلم بالعيب تصرف في المبيع يدل على الرضا بالعيب نحو ما اذا كان ثوبا فصبغه أو قطعه أو سويقا فلته بسمن أو أرضا فبنى عليها أو حنطة فطحنها أو لحما فشواه ونحو ذلك أو تصرف تصرفا أخرجه عن ملكه وهو عالم بالعيب أو ليس بعالم أو باعه المشتري أو وهبه وسلمه أو أعتقه أو كاتبه أو دبره أو استولده لان الاقدام على هذه التصرفات مع العلم بالعيب دليل الرضا بالعيب ويكون العلم بالعيب وكل ذلك يبطل حق الرد ولو باعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان كان قبل القبض له أن يرده على بائعه سواء كان الرد بقضاء القاضي أو بالتراضي بالاجماع وان كان بعد القبض فان كان بقضاء القاضي له أن يرده على بائعه بلا خلاف وان كان قبله البائع بغير قضاء ليس له أن يرده عندنا عند الشافعي رحمه الله له أن يرده (وجه) قوله ان المانع من الرد خروج السلعة عن ملكه فاذا عادت اليه فقد زال المانع وصار كانه لم يخرج ولهذا اذا رد عليه بقضاء له أن يرده على بائعه وكذا اذا رد عليه بخيار شرط أو بخيار رؤية على أصلكم (ولنا) ان القبول بغير قضاء فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما فصار كما لو عاد اليه بشراء ولو اشتراه لم يملك الرد على بائعه كذا هذا والدليل على أن القبول بغير قضاء بيع جديد في حق غير العاقدين ان معنى البيع موجود فكان شبهة الشراء قائمة فكان الرد عند التراضي بيعا لوجود معنى البيع فيه الا أنه أعطى له حكم الفسخ في حق العاقدين فبقي بيعا جديدا في حق غيرهما بمنزلة الشراء المبتدأ ولهذا يثبت للشفيع حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع بخلاف الرد بقضاء القاضي لانه لم يوجد فيه معنى البيع أصلا لانعدام التراضي فكان فسخا والفسخ رفع العقد من الاصل وجعله كان لم يكن ولهذا لم يثبت للشفيع حق الشفعة وبخلاف ماقبل القبض لان الصفقة لاتمام لها قبل القبض ألا ترى ان حدوث العيب قبل القبض كوجوده قبل البيع فكان الرد قبل القبض في معنى الامتناع عن القبول كان المشتري رد ايجاب البائع ولم يقبله ولهذا لم يفتقر الرد قبل القبض الى القاضي . وبخلاف ما اذا رد عليه بخيار شرط أو رؤية انه يرده على بائعه لان معنى البيع لم يوجد في هذا الرد ألا ترى انه يرد على بائعه من غير رضاه فكان فسخا ورفعا للعقد من الاصل كأنه لم يكن وكذا لو وطىء الجارية المشتراة أو لمسها لشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة مع العلم بالعيب لما قلنا وكذا بدون العلم بالعيب وقال الشافعي رحمه الله ان كانت الجارية بكرا فوطئها المشتري فكذلك وأما اذا كانت ثيبا فوطئها بدون العلم بالعيب لاتمنع الرد بالعيب وستأتي المسئلة ان شاء الله تعالى ولو قبلت الجارية المشتري لشهوة فقد مر تفصيل الكلام فيه في شرط الخيار ولو استخدم المشتري بعد ما علم بالعيب فالقياس أن يسقط خياره وفي الاستحسان لا يسقط وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان في خيار الشرط ولو كان المشتري دابة فركبها بعد العلم بالعيب فان ركبها لحاجة نفسه يسقط خياره وان ركبها ليسقيها أو ليردها على البائع أو ليشتري لها علفا ففيه قياس واستحسان كما في الاستخدام وقد ذكرنا ذلك في خيار الشرط ولو ركبها لينظر الى سيرها بعد العلم بالعيب يكون رضا يسقط خياره وفي شرط الخيار لا يسقط والفرق بينهما قد تقدم في خيار الشرط وكذا لو اشترى ثوبا فلبسه بعد العلم لينظر الى طوله وعرضه بطل خياره وفي خيار الشرط لا يبطل (ووجه) الفرق بينهما ماقد ذكرناه في شرط الخيار وان كان المشتري دارا فسكنها بعد ما علم بالعيب أو رم منها شيأ أو هدم يسقط خياره وذكر في بعض شروح مختصر الطحاوي في السكنى روايتان والحاصل ان كل تصرف يوجد من المشتري في المشتري بعد العلم بالعيب يدل على الرضا بالعيب يسقط الخيار ويلزم البيع والله عز وجل أعلم (ومنها) اسقاط الخيار صريحا أو ماهو في معنى الصريح نحو أن يقول المشتري أسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البيع أو أوجبته وما يجري هذا المجرى لان خيار العيب حقه والانسان بسبيل من التصرف في حقه استيفاء واسقاطا (ومنها) ابراء المشتري عن

العيب لان الابراء اسقاط وله ولاية الاسقاط لان الخيار حقه والمحل قابل للسقوط ألا ترى كيف احتمل السقوط بالاسقاط صريحاً فاذا أسقطه يسقط (ومنها) هلاك المبيع لفوات محل الرد (ومنها) نقصانه وجملة الكلام فيه ان نقصان المبيع لا يخلوا اما أن يكون قبل القبض واما أن يكون بعده وكل ذلك لا يخلوا اما أن يكون بآفة سماوية أو بفعل المشترى أو بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي فان كان قبل القبض بآفة سماوية أو بفعل المبيع فهذا وما اذا لم يكن به عيب سواء وقد ذكرنا حكمه في بيع البات فيما تقدم ان المشترى بالخيار ثم ان كان النقصان نقصان قدر فان شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن وان شاء ترك وان كان نقصان وصف فان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لما ذكرنا هنالك وان كان بفعل البائع فكذلك الجواب فيه وفيما اذا لم يكن به عيب سواء وهوان المشترى بالخيار ان شاء أخذه وطرح عنه قدر النقصان الذى حصل بفعل البائع من الثمن وان شاء ترك كما اذا لم يجد به عيبا وان كان بفعل المشترى لا خيار له و يصير قابضاً بالجناية و يتقرر عليه جميع الثمن ان لم يجد به عيباً كان عند البائع على ماذكرنا فيما تقدم وان وجد عيباً كان عند البائع فان شاء رجع بنقصان العيب وان شاء رضى به وان قال البائع انا آخذه مع النقصان ليس للمشترى أن يحبسه و يرجع عليه بالنقصان بل يرده عليه و يسقط جميع الثمن وسنذكر الاصل في جنس هذه المسائل في بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب ومالا يمنع هذا اذا لم يوجد من البائع منع المبيع لاستيفاء الثمن بعد ماصار المشترى قابضا بالجناية فاما اذا وجد منه منع بعد ذلك ثم وجد المشترى به عيبا له أن يرده على البائع و يسقط عن المشترى جميع الثمن لانه بالمنع صار مستردا للمبيع ناقضا ذلك القبض فانتقض وجعل كان لم يكن له فكان حق الرد على البائع و يسقط عنه جميع الثمن الاقدر ما نقص بفعله وان كان بفعل اجنبي فالمشترى بالخيار ان شاء رضى به بجميع الثمن واتبع الجانى بالارش وان شاء ترك و يسقط عنه جميع الثمن واتبع البائع الجانى بالارش كما اذا لم يجد المشترى بها عيباً هذا اذا احدث النقصان قبل القبض ثم وجد به عيباً فاما اذا احدث بعد القبض ثم وجد به عيباً فان حدث بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى لم يكن له أن يرده بالعيب عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله له أن يرده و يرد معه ارش العيب الحادث (وجه) قوله ان حق الرد بالعيب ثبت نظر اللمشترى فلو امتنع انما يمتنع نظر اللبائع والمشترى باستحقاق النظر أولى من البائع لانه لم يدلس العيب والبائع قد دلس (ولنا) ان شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التى كان عليها عند القبض ولم يوجد لانه خرج عن ملك البائع معيباً بعيب واحد و يعود على ملكه معيباً بعيبين فانعدم شرط الرد فلا يرد ولو كان المبيع جارية فوطئها المشترى ثم اطلع على عيب بها فان كانت بكرا لم يردها بالاجماع وان كانت ثيبا فكذلك عندنا وقال الشافعى رحمه ترد (وجه) قوله انه وجد سبب ثبوت حق الرد مع شرطه وما بعد السبب وشرطه الا الحكم (أما) السبب فهو العيب وقد وجد (وأما) الشرط فهو أن يكون المردود وقت الرد كما كان وقت القبض وقد وجد لان الوطء لا يوجب نقصان العين اذ هو استيفاء منافع البضع فاشبه الاستخدام بخلاف وطء البكر لان العذرة عضو منها وقد أزالها بالوطء ولنا ان منافع البضع لها حكم الاجزاء والاعيان بدليل أنها مضمونة بالعين وغير العين لا يضمن بالعين هو الاصل واذ قام الدليل على ان المنافع لا تضمن بالاتلاف عندنا أصلا فكان استيفاؤها في حكم اتلاف الاجزاء والاعيان فانعدم شرط الرد فيمتنع الرد كما اذا قطع طرفا منها وكما في وطء البكر بخلاف الاستخدام لانه استيفاء منفعة محضة ما لها حكم الجزء والعين ولانه لو رد الجارية وفسخ العقد رفع من الاصل من كل وجه أو من وجه فتبين ان الوطء صادف ملك البائع من كل وجه أو من وجه وانه حرام فكان المنع من الرد طريق الصيانة عن الحرام وانه واجب وعلى هذا يخرج ماقاله أبو حنيفة رحمه الله فيما اذا اشترى رجلان شيأ ثم اطلعا على عيب به كان عند البائع أنه لا ينفرد أحدهما بالفسخ دون صاحبه وعند أبى يوسف ومحمد ينفرد أحدهما بالفسخ وعلى هذا الخلاف لو اشتريا شيأ على أنهما بالخيار فيه ثلاثة أيام أو اشتريا شيأ لم يرياه (وجه) قولهما انه رد المشترى كما اشترى فيصح كما اذا اشترى عبدا على أنه بالخيار في نصفه ثلاثة أيام فرد النصف ودلالة الوصف انه اشترى النصف لانهما لما اشتريا العبد جملة

واحدة كان كل واحد منهما مشتريا نصفه وقد رد النصف فقد رد ما اشترى كما اشترى ولابى حنيفة رحمه الله انه لم يوجد شرط الرد وثبوت حق الرد عند انعدام شرطه ممتنع والدليل على أنه لم يوجد شرط الرد أن الشرط أن يكون المردود على الوصف الذى كان مقبوضاً ولم يوجد لانه قبضه غير معيب بعيب زائد فلو رده لرده وهو معيب بعيب زائد وهو عيب الشركة لان الشركة فى الاعيان عيب لان نصف العين لا يشترى بالثمن الذى يشترى به لو لم يكن مشتركا فلم يوجد رد ما اشترى كما اشترى فلا يصح الرد دفعاً للضرر عن البائع ولهذا لو أوجب البائع البيع فى عبد لاثنين فقبل أحدهما دون الآخر لم يصح لان البائع لم يرض بزوال ملكه الا عن الجملة فاذا قبل أحدهما دون الآخر فقد فرق الصفقة على البائع فلم يصح دفعا للضرر عنه كذا هذا وكذلك لو كان النقصان بفعل أجنبى أو بفعل البائع بان قطع يده ووجب الارش او كانت جارية فوطئها ووجب العقر لم يكن له ان يرد بالعيب لما قلنا ولمعنى آخر يختص به وهو ان النقصان بفعل الاجنبى أو بفعل البائع يؤخذ الارش والعقر للمشترى وأنه زيادة ولهذا يمنع الرد بالعيب على ماسنذكره ان شاء الله تعالى ولو اشترى مأكولا فى جوفه كالبطيخ والجوز والقثاء والخيار والرمان والبيض ونحوها فكسره فوجده فاسداً فهذا فى الاصل لا يخلو عن أحد وجهين اما ان وجده كله فاسدا واما ان وجد البعض فاسدا والبعض صحيحا فان وجده كله فاسداً فان كان مما لا ينتفع به أصلا فالمشترى يرجع على البائع بجميع الثمن لانه تبين ان البيع وقع باطلا لانه بيع ماليس بمال و بيع ماليس بمال لا ينعقد كما اذا اشترى عبداً ثم تبين أنه حر وان كان مما يمكن الانتفاع به فى الجملة ليس له ان يرده بالعيب عندنا وعند الشافعى رحمه الله له أن يرده (وجه) قوله انه لما باعه منه فقد سلطه على الكسر فكان الكسر حاصلا بتسليط البائع فلا يمنع الرد ولنا ماذكرنا فيما تقدم ان شرط الرد أن يكون المردود وقت الرد على الوصف الذى كان عليه وقت القبض ولم يوجد لانه تعيب بعيب زائد بالكسر فلو رد عليه لرد معيباً بعيبين فانعدم شرط الرد وأما قوله البائع سلطه على الكسر فنعم لكن بمعنى انه مكنه من الكسر باثبات الملك له فيكون هو بالكسر متصرفا فى ملك نفسه لا فى ملك البائع بامره ليكون ذلك منه دلالة الرضا بالكسر وان وجد بعضه فاسدا دون البعض ينظر ان كان الفاسد كثيرا يرجع على البائع بجميع الثمن لانه ظهر ان البيع وقع فى القدر الفاسد باطلا لانه تبين انه ليس بمال واذا بطل فى ذلك القدر يفسد فى الباقى كما اذا جمع بين حر وعبد و باعهما صفقة واحدة وان كان قليلا فكذلك فى القياس وفى الاستحسان صح البيع فى الكل وليس له أن يرد ولا ان يرجع فيه بشىء لان قليل الفساد فيه مما لا يمكن التحرز عنه اذ هذه الاشياء فى العادات لا تخلو عن قليل فساد فكان فيه ضرورة فيلتحق ذلك القدر بالعدم ومن مشايخنا من فصل تفصيلا آخر فقال اذا وجد كله فاسداً فان لم يكن لقشره قيمة فالبيع باطل لانه تبين انه باع ماليس بمال وان كان لقشره قيمة كالرمان ونحوه فالبيع لا يبطل لانه اذا كان لقشره قيمة كان القشر مالا ولكن البائع بالخيار ان شاء رضى به ناقصاً وقبل قشره ورد جميع الثمن وان شاء لم يقبل لانه تعيب بعيب زائد ورد على المشترى حصة المعيب جبرا لحقه وان وجد بعضه فاسدا فعلى هذا التفصيل أيضاً لانه ان لم يكن لقشره قيمة رجع على البائع بحصته من الثمن وان كان لقشره قيمة رجع بحصة العيب دون القشر اعتبارا للبعض بالكل الا اذا كان الفاسد منه قليلا قدر ما لا يخلو مثله عن مثله فلا يرد ولا يرجع بشىء والله عز وجل أعلم (ومنها) الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع بعد القبض وجملة الكلام فى الزيادة أنها لا تخلو اما ان حدثت قبل القبض واما ان حدثت بعده وكل واحدة من الزيادتين لا تخلو من أن تكون متصلة أو منفصلة والمتصلة لا تخلو من أن تكون متولدة من الاصل كالحسن والجمال والكبر والسمن والسمع والانجلاء بياض احدى العينين ونحو ذلك أو غير متولدة منه كالصبغ فى الثوب والسمن أو العسل الملتوت بالسويق والبناء فى الارض ونحوها وكذلك المنفصلة لا تخلو من أن تكون متولدة من الاصل كالولد والثمرة واللبن ونحوها أو غير متولدة من الاصل كالكسب والصدقة والغلة والبيع لا يخلو اما ان يكون صحيحاً أو فاسدا (أما) الزيادة فى البيع الفاسد فحكمها نذكره فى بيان حكم البيع الفاسد ان شاء الله تعالى (وأما) فى البيع الصحيح فان حدثت الزيادة قبل القبض فان كانت متصلة متولدة من الاصل

فانها

فانها لا تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة تابعة للاصل حقيقة لقيامها بالاصل فكانت مبيعة تبعاً والاصل ان ما كان تابعاً فى العقد يكون تابعاً فى الفسخ لان الفسخ رفع العقد فينفسخ العقد فى الاصل بالفسخ فيه مقصوداً وينفسخ فى الزيادة تبعاً للانفساخ فى الاصل وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل فانها تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة ليست بتابعة بل هى أصل بنفسها ألا ترى أنه لا يثبت حكم البيع فيها أصلا ورأساً فلو رد المبيع لكان لا يخلو اما ان يرده وحده بدون الزيادة واما أن يرده مع الزيادة لا سبيل الى الاول لانه متعذر لتعذر الفصل ولا سبيل الى الثانى لان الزيادة ليست بتابعة فى العقد فلا تكون تابعة فى الفسخ ولان المشترى صار قابضاً للمبيع باحداث هذه الزيادة فصار كانها حدثت بعد القبض وحدوثها بعد القبض يمنع الرد بالعيب والله عز وجل أعلم وان كانت منفصلة متولدة من الاصل لا تمنع الرد فان شاء المشترى ردهما جميعاً وان شاء رضى بهما بجميع الثمن بخلاف ما بعد القبض عندنا انها تمنع الرد بالعيب وسنذكر الفرق ان شاء الله تعالى ولو لم يجد بالاصل عيباً ولكن وجد بالزيادة عيباً ليس له أن يردها لان هذه الزيادة قبل القبض مبيعة تبعاً والمبيع تبعاً لا يحتمل فسخ العقد فيه مقصوداً الا اذا كان حدوث هذه الزيادة قبل القبض مما يوجب نقصانا فى المبيع كولد الجارية فله خيار الرد لكن لا للزيادة بل للنقصان ولو قبض الاصل والزيادة جميعاً ثم وجد بالاصل عيبا له ان يرده خاصة بحصته من الثمن بعد ما قسم الثمن على قدر الاصل وقت البيع وعلى قيمة الزيادة وقت القبض لان الزيادة انما تأخذ قسطاً من الثمن بالقبض كذلك يعتبر قبضها وقت القبض ولو لم يجد بالاصل عيباً ولكنه وجد بالزيادة عيبا فله أن يردها خاصة بحصتها من الثمن لانه صار لها حصة من الثمن بالقبض فيردها بحصتها من الثمن فان كانت الزيادة منفصلة من الاصل فانها لا تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة ليست بمبيعة لانعدام ثبوت حكم البيع فيها وانما هى مملوكة بسبب على حدة أو بملك الاصل فبالرد ينفسخ العقد فى الاصل وتبقى الزيادة مملوكة بوجود سبب الملك فيه مقصوداً أو بملك الاصل لا بالبيع فكانت ربحاً لا ربا لاختصاص الربا بالبيع لانه فضل مال قصد استحقاقه بالبيع فى عرف الشرع ولم يوجد ثم اذا رد الاصل فالزيادة تكون للمشترى بغير ثمن عند أبى حنيفة لكنها لا تطيب له لانها حدثت على ملكه الا انها ربح ما لم يضمن فلا تطيب وعند أبى يوسف ومحمد الزيادة تكون للبائع لكنها لا تطيب له وهذا اذا اختار المشترى الرد بالعيب فان رضى بالعيب واختار البيع فالزيادة لا تطيب له بلا خلاف لانها ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولانها زيادة لا يقابلها عوض فى عقد البيع وأنه تفسير الربا ولو قبض المشترى المبيع مع هذه الزيادة ثم وجد بالمبيع عيباً فان كانت الزيادة هالكة له أن يرد المبيع خاصة بجميع الثمن بلا خلاف وان كانت قائمة فكذا عند أبى حنيفه وعند أبى يوسف ومحمد يرده مع الزيادة (وجه) قولهما ان هذه زيادة حدثت قبل القبض فيردها مع الاصل ولابى حنيفة ان هذه الزيادة لا تتبع الاصل فى حكم العقد فلا تتبعه فى حكم الفسخ ولو وجد بالزيادة عيباً ليس له أن يردها لانه لا حصة لهذه الزيادة من الثمن فلا تحتمل الرد بالعيب لانها لو ردت لردت بغير شىء هذا اذا حدثت الزيادة قبل القبض فاما اذا حدثت بعد القبض فان كانت متصلة متولدة من الاصل فانها لا تمنع الرد ان رضى المشترى بردها مع الاصل بلا خلاف لانها تابعة حقيقة وقت الفسخ فبالرد ينفسخ العقد فى الاصل مقصودا وينفسخ فى الزيادة تبعاً وان أبى أن يرده وأراد أن يأخذ نقصان العيب من البائع وأبى البائع الا الرد مع العيب ودفع جميع الثمن اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله وأبو يوسف للمشترى ان يأخذ نقصان العيب من البائع وليس للبائع ان يأبى ذلك ويطلب الرد ويقول لا أعطيك نقصان العيب ولكن رد على المبيع معيباً لادفع اليك جميع الثمن وقال محمد رحمه الله ليس للمشترى أن يرجع بالنقصان على البائع اذا أبى ذلك وللبائع أن يقول له رد على المبيع حتى أرد اليك الثمن كله ولقب المسئلة ان الزيادة المتصلة المتولدة من الاصل بعد القبض هل تمنع الرد بالعيب اذا لم يرض صاحب الزيادة وهو المشترى برد الزيادة ويريد الرجوع بنقصان العيب عندهما يمنع وعنده لا يمنع وأصل المسئلة فى النكاح اذا ازداد المهر زيادة متصلة متولدة من الاصل بعد القبض ثم ورد الطلاق قبل

الدخول انها هل تمنع التنصيف عندهما تمنع وعليها نصف القيمة يوم قبضت وعنده لا تمنع ونذكر المسئلة في النكاح وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل تمنع الرد بالاجماع و يرجع بنقصان العيب لما ذكرنا انه لو رد الاصل فاما أن يرده وحده واما ان يرده مع الزيادة والرد وحده لا يمكن والزيادة ليست بتابعة في العقد فلا يمكن ان يجعلها تابعة في الفسخ الا اذا تراضيا على الرد لانه صار بمنزلة بيع جديد وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فانها تمنع الرد بالعيب عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا تمنع و يرد الاصل بدون الزيادة وكذلك هذه الزيادة تمنع الفسخ عندنا من الاقالة والرد بخيار الشرط وخيار الرؤية والكلام فيه مبني على أصل ذكرناه فيما تقدم وهو ان الزيادة عندنا مبيعة تبعاً لثبوت حكم الاصل فيه تبعاً و بالرد بدون الزيادة ينفسخ العقد في الاصل مقصودا وتبقى الزيادة في يد المشتري مبيعاً مقصودا بلا ثمن ليستحق بالبيع وهذا تفسير الربا في عرف الشرع بخلاف الزيادة قبل القبض لانها لا ترد بدون الاصل أيضا احترازا عن الربا بل ترد مع الاصل وردها مع الاصل لا يتضمن الربا ثم انما لا يرد الاصل مع الزيادة ههنا وردهناك اما امتناع رد الاصل بدون الزيادة فلما قلنا انه يؤدي الى الربا (وأما) رده مع الزيادة فلانه يؤدي الى أن يكون الولد التابع بعد الرد ربح ما لم يضمن لانه ينفسخ العقد في الزيادة و يعود الى البائع ولم يصل الى المشتري بمقابلته شيء من الثمن في الفسخ لانه لا حصة له من الثمن فكان الولد للبائع ربح ما لم يضمن لانه حصل في ضمان المشتري فاما الولد قبل القبض فقد حصل في ضمان البائع فلو انفسخ العقد فيه لا يكون ربح ما لم يضمن بل ربح ما ضمن وان كانت منفصلة غير متولدة من الاصل لا يمتنع الرد بالعيب و يرد الاصل على البائع والزيادة للمشتري طيبة له لما مر ان هذه الزيادة ليست بمبيعة أصلا لانعدام ثبوت حكم البيع فيها بل ملكت بسبب على حدة فأمكن اثبات حكم الفسخ فيه بدون الزيادة فيرد الاصل و ينفسخ العقد فيه وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بوجود سبب الملك فيها شرعا فتطيب له هذا اذا كانت الزيادة قائمة في يد المشتري فاما اذا كانت هالكة فهلاكها لا يخلو من أن يكون بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي فان كان بآفة سماوية له أن يرد الاصل بالعيب وتجعل الزيادة كانها لم تكن وان كان بفعل المشتري فالبائع بالخيار ان شاء قبل ورد جميع الثمن وان شاء لم يقبل و يرد نقصان العيب سواء كان حدوث ذلك أوجب نقصانا في الاصل أو لم يوجب نقصانا فيه لان اتلاف الزيادة بمنزلة اتلاف جزء متصل بالاصل لكونها متولدة من الاصل وذا يوجب الخيار للبائع وان كان بفعل أجنبي ليس له أن يرد لانه يجب ضمان الزيادة على الاجنبي فيقوم الضمان مقام العين فكان عينه قائمة فيمتنع الرد و يرجع بنقصان العيب والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يفسخ به العقد فالكلام ههنا يقع في موضعين أحدهما في بيان ما ينفسخ به والثاني في بيان شرائط جواز الفسخ أما الاول فنوعان اختياري وضروري فالاختياري نحو قوله فسختته أو نقضته أو رددته وما هو في معناه والضروري هلاك المعقود عليه قبل القبض (وأما) شرائط جواز الفسخ فمنها سقوط الخيار لان البيع يلزم بسقوط الخيار فيخرج عن احتمال الفسخ ومنها علم صاحبه بالفسخ بلا خلاف بين أصحابنا سواء كان بعد القضاء أو قبله بخلاف خيار الشرط والرؤية وهل يشترط له القضاء أو الرضا ان كان قبل القبض لا يشترط له قضاء القاضي ولا رضا البائع وان كان بعد القبض يشترط له القضاء أو الرضا وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم ومنها ان لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع قبل التمام فان تضمن لا يجوز الا أن يرضى به البائع لان تفريق الصفقة على البائع قبل التمام اضرار به على ما ذكر والضرر واجب الدفع ما أمكن الا أن يرضى به البائع لان الضرر المرضي به من جهة المتضرر لا يجب دفعه وعلى هذا يخرج ما اذا وجد المشتري المبيع معيبا فأراد رد بعضه دون بعض قبل القبض وجملة الكلام فيه ان المبيع لا يخلو اما ان يكون شيأ واحدا حقيقة وتقديرا كالعبد والثوب والدار والكرم والمكيل والموزون والمعدود المتقارب في وعاء واحد أو صبرة واحدة واما أن يكون أشياء متعددة كالعبدين والثوبين والدابتين والمكيل والموزون والمعدود في وعاءين أو صبرتين وكل شيئين ينتفع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر (واما) أن يكون شيئين حقيقة وشيأ واحدا تقديرا كالخفين والنعلين والمكعبين

ومصراعي

ومصراعى الباب وكل شىء لا ينتفع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر فلا يخلو اما أن يكون المشترى قبض كل المبيع واما ان لم يقبض شيأ منه واما ان قبض البعض دون البعض والحادث فى المبيع لا يخلو اما أن يكون عيبا أو استحقاقا اما العيب فان وجده ببعض المبيع قبل القبض لشىء منه فالمشترى بالخيار ان شاء رضى بالكل ولزمه جميع الثمن وان شاء رد الكل وليس له أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن سواء كان المبيع شيأ واحدا أو أشياء لان الصفقة لا تمام لها قبل القبض وتفريق الصفقة قبل تمامها باطل والدليل على أن الصفقة لا تتم قبل القبض ان الموجود قبل القبض أصل العقد والملك لا صفة التأكيد ألا ترى انه يحتمل الانفساخ بهلاك المعقود عليه وهو انه عدم التأكيد واذا قبض وقع الامن عن الانفساخ بالهلاك فكان حصول التأكيد بالقبض والتأكيد اثبات من وجه أوله شبهة الاثبات وكذا ملك التصرف يقف على القبض فيدل على نقصان الملك قبل القبض ونقصان الملك دليل نقصان العقد وكذا المشترى اذا وجد بالمبيع عيبا ينفسخ البيع بنفس الرد من غير الحاجة الى قضاء القاضى ولا الى التراضى ولو كانت الصفقة تامة قبل القبض لما احتمل الانفساخ بنفس الرد كما بعد القبض فيثبت بهذه الدلائل ان الصفقة ليست بتامة قبل القبض والدليل على أنه لا يجوز تفريق الصفقة على البائع قبل تمامها ان التفريق اضرار بالبائع والضرر واجب الدفع ما أمكن وبيان الضرر ان المبيع لا يخلو اما أن يكون شيأ واحدا واما أن يكون أشياء حقيقة شيأ واحدا تقديرا والتفريق تضمن الشركة والشركة فى الاعيان عيب فكان التفريق عيبا وانه عيب زائد لم يكن عند البائع فيتضرر به البائع وان كان المبيع أشياء فالتفريق يتضمن ضررا آخر وهو لزوم البيع فى الجيد بثمن الردىء لان ضم الردىء الى الجيد والجمع بينهما فى الصفقة من عادة التجار ترويجا للردىء بواسطة الجيد فمن الجائز أن يرى المشترى العيب بالردىء فيرده فيلزم البيع فى الجيد بثمن الردىء فيتضرر به البائع فدل ان فى التفريق ضررا فيجب دفعه ما أمكن ولهذا لم يجز التفريق فى القبول بأن أضاب الايجاب الى جملة فقبل المشترى فى البعض دون البعض دفعا للضرر عن البائع بلزوم حكم البيع فى البعض من غير اضافة الايجاب اليه لانه ما أوجب البيع الا فى الجملة فلا يصح القبول الا فى الجملة لئلا يزول ملكه من غير ازالته فيتضرر به على أن تمام الصفقة لما تعلق بالقبض كان القبض فى معنى القبول من وجه فكان رد البعض وقبض البعض تفريقا فى القبول من وجه فلا يملك الا أن يرضى البائع برد المعيب عليه فيأخذه ويدفع حصته من الثمن فيجوز ويأخذ المشترى الباقى بحصته من الثمن لان امتناع الرد كان لدفع الضرر عنه نظرا له فاذا رضى به فلم ينظر لنفسه وان كان المشترى قبض بعض المبيع دون البعض فوجد ببعضه عيبا فكذلك لا يملك رد المعيب خاصة بحصته من الثمن سواء كان المبيع شيأ واحدا أو أشياء وسواء وجد العيب بغير المقبوض أو بالمقبوض فى ظاهر الرواية لان الصفقة لا تتم الا بقبض جميع المعقود عليه فكان رد البعض دون البعض تفريق الصفقة قبل التمام وانه باطل وروى عن أبى يوسف أنه اذا وجد العيب بغير المقبوض فكذلك فاما اذا وجد بالمقبوض فله أن يرده خاصة بحصته من الثمن فهو نظر الى المعيب منهما أيهما كان واعتبر الآخر به فان كان المعيب غير المقبوض اعتبر الآخر غير مقبوض فكأنهما لم يقبضا جميعا وان كان المعيب مقبوضا اعتبر الآخر مقبوضا فكأنه قبضهما جميعا لكن هذا الاعتبار ليس بسديد لانه فى حد التعارض إذ ليس اعتبار غير المعيب بالمعيب فى القبض وعدمه أولى من اعتبار المعيب بغير المعيب فى القبض بل هذا أولى لان الاصل عدم القبض والعمل بالاصل عند التعارض أولى هذا اذا كان المشترى لم يقبض شيأ من المبيع أو قبض البعض دون البعض فان كان قبض الكل ثم وجد به عيبا فان كان المبيع شيأ واحدا حقيقة وتقديرا فكذلك الجواب ان المشترى ان شاء رضى بالكل بكل الثمن وان شاء رد الكل واسترد جميع الثمن وليس له أن يرد قدر المعيب خاصة بحصته من الثمن لما ذكرنا ان فيه الزام عيب الشركة وانها عيب حادث مانع من الرد وان كان أشياء حقيقة شيأ واحدا تقديرا فكذلك لان افراد أحدهما بالرد اضرار بالبائع إذ لا يمكن الانتفاع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر فكانا فيما وضعا له من المنفعة كشىء واحد فكان المبيع شيأ

واحدامن حيث المعنى فبالرد تثبت الشركة من حيث المعنى والشركة فى الاعيان عيب واذا كان لا يمكن الانتفاع بأحدهما بدون صاحبه فيما وضع له كان التفريق تعييبا فيعود المبيع الى البائع بعيب زائد حادث لم يكن عنده وان كان أشياء حقيقة وتقديرا فليس له أن يرد الكل الا عند التراضى وله أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر والشافعى رحمهما الله ليس له ذلك بل يردهما أو يمسكهما (وجه) قولهما ان فى التفريق بينهما فى الرد اضرارا بالبائع لما ذكرنا أن ضم الردىء الى الجيد فى البيع من عادة التجار ليروج الردىء بواسطة الجيد وقد يكون العيب بالردىء فيرده على البائع ويلزمه البيع فى الجيد بثمن الردىء وهذا اضرار بالبائع ولهذا امتنع الرد قبل القبض فكذا هذا (ولنا) ان ما ثبت له حق الرد وجد فى أحدهما فكان له أن يرد أحدهما وهذا لان حق الرد انما يثبت لفوات السلامة المشروطة فى العقد دلالة والثابتة مقتضى العقد على ما بينا والسلامة فاتت فى أحدهما فكان له رده خاصة فلو امتنع الرد انما يمتنع لتضمنه تفريق الصفقة وتفريق الصفقة باطل قبل التمام لا بعده والصفقة قد تمت بقبضهما فزال المانع (وأما) قولهما يتضرر البائع برد الردىء خاصة فنعم لكن هذا ضرر مرضى به من جهته لان اقدامه على بيع المعيب وتدليس العيب مع علمه ان الظاهر من حال المشترى أنه لا يرضى بالعيب دلالة الرضا بالرد بخلاف ما قبل القبض لانه لا تمام للعقد قبل القبض فلا يكون قبل القبض دلالة الرضا بالرد فكان الرد ضررا غير مرضى به فيجب دفعه وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار الرؤية ان المشترى لا يملك رد البعض دون البعض سواء قبض الكل أو لم يقبض شيأ أو قبض البعض دون البعض وسواء كان المعقود عليه شيأ واحدا أو أشياء لان خيار الشرط والرؤية يمنع تمام الصفقة بدليل أنه يرده بغير قضاء ولا رضا سواء كان قبل القبض أو بعده ولو تمت الصفقة لما احتمل الرد الا بقضاء القاضى أو التراضى دل أن هذا الخيار يمنع تمام الصفقة ولا يجوز تفريق الصفقة قبل التمام وههنا بخلافه ولو قال المشترى انا أمسك المعيب وآخذ النقصان ليس له ذلك لان قوله أمسك المعيب دلالة الرضا بالمعيب وانه يمنع الرجوع بالنقصان وكذلك لو كان المبيع أشياء فوجد بالكل عيبا فأراد رد البعض دون البعض ان المردود ان كان مما لو كان العيب به وحده لكان له رده وحده كالعبدين والثوبين فله ذلك لانه اذا أمسك البعض فقد رضى بعيبه فبطل حق الرد فيه لانه تبين ان صفة السلامة لم تكن مشروطة ولا مستحقة بالعقد فيه فصار كأنه كان صحيحا فى الاصل ووجد بالآخر عيبا فيرده وان كان المردود مما لو كان العيب به وحده لكان لا يرده كالخفين والنعلين ونحوهما ليس له ذلك لما ذكرنا ان التفريق بينهما تعييب ولو اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبا قبل القبض فقبض المعيب وهو عالم بالعيب لم يكن له ان يرد وسقط خياره ولزمه العبدان لان قبض المعيب مع العلم بالعيب دليل الرضا وللقبض شبه بالعقد فكان الرضا به عند القبض كالرضا به عند العقد ولو رضى به عند العقد يسقط خياره فلزماه جميعا كذا هذا ولو قبض الصحيح منهما ولو كانا معيبين فقبض أحدهما لم يسقط خياره لانه قبض بعض المعقود عليه والصفقة لا تتم بقبض بعض المعقود عليه وانما تتم بقبض الكل فلو لزمه العقد فى المقبوض دون الآخر لتفرقت الصفقة على البائع قبل التمام وتفريق الصفقة قبل التمام باطل ولا يمكن اسقاط حقه عن غير المقبوض لانه لم يرض به فبقى له الخيار على ما كان والله عز وجل أعلم (وأما) الاستحقاق فان استحق بعض المعقود عليه قبل القبض ولم يجز المستحق بطل العقد فى القدر المستحق لانه تبين ان ذلك القدر لم يكن ملك البائع ولم توجد الاجازة من المالك فبطل وللمشترى الخيار فى الباقى ان شاء رضى به بحصته من الثمن وان شاء رده سواء كان استحقاق ما استحقه يوجب العيب فى الباقى أو لا يوجب لانه اذا لم يرض المستحق فقد تفرقت الصفقة على المشترى قبل التمام فصار كعيب ظهر بالسلعة قبل القبض وذلك يوجب الخيار فكذا هذا وان كان الاستحقاق بعد قبض البعض دون البعض فكذلك الجواب سواء ورد الاستحقاق على المقبوض وعلى غير المقبوض فان كان قبض الكل ثم استحق بعضه بطل البيع فى القدر المستحق لما قلنا ثم ينظر ان كان استحقاق ما استحق يوجب العيب فى الباقى بأن كان المعقود عليه شيأ واحدا حقيقة وتقديرا

كالدار والكرم والارض والعبد ونحوها فالمشترى بالخيار فى الباقى ان شاء رضى به بحصته من الثمن وان شاء رد لان الشركة فى الاعيان عيب وكذلك ان كان المعقود عليه شيئين من حيث الصورة شيأ واحدا من حيث المعنى فاستحق أحدهما فله الخيار فى الباقى وان كان استحقاق ما استحق لا يوجب العيب فى الباقى بأن كان المعقود عليه شيئين صورة ومعنى كالعبدين فاستحق أحدهما أو كان صبرة حنطة أو جملة وزنى فاستحق بعضه فانه يلزم المشترى الباقى بحصته من الثمن لانه لا ضرر فى تبعيضه فلم يكن له خيار الرد والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع فالكلام فى حق الرجوع بالنقصان فى موضعين أحدهما فى بيان شرائط ثبوت حق الرجوع والثانى فى بيان ما يبطل به هذا الحق بعد ثبوته وما لا يبطل (أما) الشرائط (فمنها) امتناع الرد وتعذره فلا يثبت مع امكان الرد حتى لو وجد به عيبا ثم أراد المشترى أن يمسك المبيع مع امكان رده على البائع ويرجع بالنقصان ليس له ذلك لان حق الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد والقدرة على الاصل تمنع المصير الى الخلف ولان امساك المبيع المعيب مع علمه بالعيب دلالة الرضا بالعيب والرضا بالعيب يمنع الرجوع بالنقصان كما يمنع الرد (ومنها) أن يكون امتناع الرد لا من قبل المشترى فان كان من قبله لا يرجع بالنقصان لانه يصير حابسا المبيع بفعله ممسكا عن الرد وهذا يوجب بطلان الحق أصلا ورأسا وعلى هذا يخرج ما اذا هلك المبيع أو انتقص بآفة سماوية أو بفعل المشترى ثم علم انه يرجع بالنقصان لان امتناع الرد فى الهلاك لضرورة فوات المحل وفى النقصان لأمر يرجع الى البائع وهو دفع ضرر زائد يلحقه بالرد ألا ترى ان للبائع أن يقول أنا أقبله مع النقصان فأدفع اليك جميع الثمن واذا كان امتناع الرد لأمر يرجع اليه وهو لزوم الضرر إياه بالرد فاذا دفع الضرر عنه بامتناع الرد لا بد من دفع الضرر عن المشترى بالرجوع بالنقصان وسواء كان النقصان يرجع الى الذات بفوات جزء من العين أو لا يرجع اليه كما اذا كان المبيع جارية ثيبا فوطئها المشترى أو قبلها بشهوة ثم علم بالعيب لان الرد امتنع لا من قبل المشترى بل من قبل البائع ألا ترى أن له أن يقبلها موطوءة ولو كان لها زوج عند البائع فوطئها زوجها فى يد المشترى فان كان زوجها قد وطئها فى يد البائع لم يرجع بالنقصان لان هذا الوطء لا يمنع الرد وامكان الرد يمنع الرجوع بالنقصان وان كان لم يطأها عند البائع فوطئها عند المشترى فان كانت بكرا يرجع بالنقصان لان وطء البكر يمنع الرد بالعيب لانه يوجب نقصان العين بازالة العذرة والامتناع ههنا ليس لمعنى من قبل المشترى بل من قبل البائع فلا يمنع الرجوع بالنقصان وان كانت ثيبا لم يذكر فى الاصل انه يمنع الرد أم لا وقيل لا يمنع فلا يرجع بالنقصان مع امكان الرد وكذا لو كان المبيع قائما حقيقة هالكا تقديرا بأن أعطى له حكم الهلاك كما اذا كان المبيع ثوبا فقطعه وخاطه أو حنطة فطحنها أو دقيقا فخبزه أو لحما فشواه فانه يرجع بالنقصان لان امتناع الرد فى هذه المواضع من قبل البائع ولو حدث فى المبيع أو بسببه زيادة مانعة من الرد كالولد والثمرة واللبن والارش والعقر يرجع بالنقصان لان امتناع الرد ههنا لا من قبل المشترى بل من قبل الشرع لما ذكرنا فيما تقدم انه لو رد الاصل بدون الزيادة لبقيت الزيادة مبيعا مقصودا بلا ثمن وهذا تفسير الربا فى متعارف الشرع وحرمة الربا تثبت حقا للشرع ولهذا لو تراضيا على الرد لا يقضى بالرد لان الحرمة الثابتة حقا للشرع لا تسقط برضا العبد واذا كان امتناع الرد لمعنى يرجع الى الشرع لا الى المشترى بقى حق المشترى فى وصف السلامة واجب الرعاية فكان له أن يرجع بالنقصان جبرا لحقه ولو كانت الزيادة المانعة سمنا أو عسلا لته بسويق أو عصفرا أو زعفرانا صبغ به الثوب أو بناء على الارض يرجع بالنقصان لان التعذر ليس من قبل المشتري ولا من قبل البائع بل من قبل الشرع ألا ترى انه ليس للبائع أن يقول أنا آخذه كذلك وتعذر الرد لحق الشرع لا يمنع الرجوع بالنقصان لما ذكرنا ولو باعه المشترى أو وهبه ثم علم بالعيب لم يرجع بالنقصان لان امتناع الرد ههنا من قبل المشترى لانه بالبيع صار ممسكا عن الرد لان المشترى قام مقامه فصار مبطلا للرد الذى هو الحق فلا يرجع بشئ وكذلك لو كاتبه لانها توجب صيرورة العبد حرا يدا فصار بالكتابة ممسكا عن الرد فأشبه البيع وكذلك لو أعتقه على مال ثم وجد به عيبا لان

الاعتاق على مال فى حق المعتق فى معنى البيع لانه أخذ العوض بمقابلته والبيع يمنع الرجوع بالنقصان كذا هذا وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه لا يمنع ولو أعتقه على غير مال ثم وجد به عيبا فالقياس أن لا يرجع وهو قول الشافعى رحمه الله وفى الاستحسان يرجع (وجه) القياس أن الرد امتنع بفعله وهو الاعتاق فأشبه البيع أو الكتابة (وجه) الاستحسان أن تعذر الرد ههنا ليس من قبل المشترى لان الاعتاق ليس بازالة الملك بل الملك ينتهى بالاعتاق وهذا لان الاصل فى الآدمى عدم الملك والمالية اذ الاصل فيه أن يكون حرا لان الناس كلهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام والمتولد من الحرين يكون حرا الا أن الشرع ضرب الملك والمالية عليه بعارض الكفر مؤقتا الى غاية الاعتاق والمؤقت الى غاية ينتهى عند وجود الغاية فينتهى الملك والمالية عند الاعتاق فصار كما لو انتهى بالموت وبه تبين ان الاعتاق ليس بحبس بخلاف البيع لانه لما أخذ العوض فقد أقام المشترى مقام نفسه فكأنه استبقاه على ملكه فصار حابسا اياه بفعله ممسكا عن الرد فلم يرجع بالنقصان وكذلك لو دبره أو استولده ثم وجد به عيبا يرجع بالنقصان لان الرد لم يمتنع من قبل المشترى بل من قبل الشرع ولو قتله المشترى لم يرجع بالنقصان فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه يرجع لان المقتول ميت بأجله فتنتهى حياته عند القتل كما تنتهى عند الموت فصار كالموات حتف أنفه وهناك يرجع بالنقصان كذا ههنا (وجه) ظاهر الرواية ان فوات الحياة ان لم يكن أثر فعل القاتل حقيقة فهو أثر فعله عادة فجعل فى حق القاتل كأنه تفويت الحياة حقيقة وازالتها وان كان انتهاء حقيقة كالاعتاق على مال انه ألحق بالبيع فى حق المعتق وان لم يكن كذلك فى حق العبد فصار حابسا للعبد بصنعه ممسكا ولو كان المبيع طعاما فأكله المشترى أو ثوبا فلبسه حتى تخرق لم يرجع بالنقصان فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يرجع (وجه) قولهما ان أكل الطعام ولبس الثوب استعمال الشئ فيما وضع له وانه انتفاع لا اتلاف بخلاف القتل فانه ازالة الحياة فى حق القاتل فكان حبسا وامساكا (وجه) قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان المشترى بأكل الطعام ولبس الثوب أخرجهما عن ملكه حقيقة اذ الملك فيهما ثبت مطلقا لا مؤقتا بخلاف العبد فاشبه القتل ولو استهلك الطعام أو الثوب بسبب آخر وراء الاكل واللبس ثم وجد به عيبا لم يرجع بالنقصان بلا خلاف لان استهلاكهما فى غير ذلك الوجه ابطال محض فيشبه القتل ولو أكل بعض الطعام ثم وجد به عيبا ليس له أن يرد الباقى ولا أن يرجع بالنقصان عند أبى حنيفة لان الطعام كله شئ واحد بمنزلة العبد وقد امتنع رد بعضه بمعنى من قبل المشترى فيبطل حقه أصلا فى الرد والرجوع كما لو باع بعض الطعام دون بعض وروى عن أبى يوسف انه قال يرد الباقى ويرجع بأرش الكل المأكول والباقى الا اذا رضى البائع أن يأخذ الباقى بحصته من الثمن وروى عن محمد انه قال يرد الباقى ويرجع بنقصان العيب فيما أكل لانه ليس فى تبعيض الطعام ضرر فيمكن رد البعض فيه دون البعض وليس للبائع أن يمتنع عن ذلك وبه كان يفتى الفقيه أبو جعفر وهو اختيار الفقيه أبى الليث ولو باع بعض الطعام دون البعض لم يرد الباقى ولا يرجع بالنقصان عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يرد الباقى ويرجع بنقصان العيب الا اذا رضى البائع أن يأخذ الباقى بحصته من الثمن (وجه) قول زفر أن امتناع الرد والرجوع بالنقصان لاجل البيع وانه وجد فى البعض دون البعض فيمتنع فى البعض دون البعض لان الاصل أن يكون الامتناع بقدر المانع (ولنا) ما ذكرنا أن الطعام كله شئ واحد كالعبد فالامتناع فى البعض لمعنى من قبل المشترى يوجب الامتناع فى الكل ولو كان المبيع دارا فبناها مسجدا ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لانه لما بناها مسجدا فقد أخرجها عن ملكه فصار كما لو باعها ولو اشترى ثوبا وكفن به ميتا ثم اطلع على عيب به فان كان المشترى وارث الميت وقد اشترى من التركة يرجع بالنقصان لان الملك فى الكفن لم يثبت للمشترى وانما يثبت للميت لان الكفن من الحوائج الاصلية للميت وقد امتنع رده بالعيب لا من قبل المشترى فكان له أن يرجع بالنقصان وان كان المشترى أجنبيا فتبرع بالكفن لم يرجع بالنقصان لان الملك فى المشترى وقع له فاذا كفن به فقد أخرجه عن ملكه بالتكفين فاشبه البيع والله عز وجل أعلم (ومنها)

عدم وصول عوض المبيع الى المشترى مع تعذر الرد فى ظاهر الرواية فان وصل اليه عوضه بأن قتله أجنبى فى يده خطأ لا يرجع بالنقصان وان تعذر رده على البائع وروى عن أبى يوسف ومحمد انه يرجع بالنقصان لانه لم يصل اليه حقيقة العيب وانما وصل اليه قيمة المعيب فكان له أن يرجع بقدار العيب والصحيح جواب ظاهر الرواية لانه لما وصل اليه قيمته قامت القيمة مقام العين فكأنها قائمة فى يده لما وصل اليه عوضه فصار كأنه باعه ولو باعه المشترى ثم اطلع على عيب به لم يرجع بالنقصان كذا هذا ومنها عدم الرضا بالعيب صريحا ودلالة وهى أن يتصرف فى المبيع بعد العلم بالعيب تصرفا يدل على الرضا بالعيب فان ذلك يمنع ثبوت حق الرد والرجوع جميعا وقد ذكرنا التصرفات التى هى دليل الرضا بالعيب بعد العلم بالعيب فيما تقدم ولو لم يعلم بالعيب حتى تصرف فيه تصرفا يمنع الرد ثم علم فان كان التصرف مما لا يخرج السلعة عن ملكه يرجع بالنقصان الا الكتابة لانعدام دلالة الرضا وفى الكتابة يرجع لانها فى معنى البيع على مامر وان كان التصرف مما يخرج السلعة عن ملكه كالبيع ونحوه لا يرجع بالنقصان الا الاعتاق لا على مال استحسانا على ماذكرنا فيما تقدم (وأما) بيان ما يبطل به حق الرجوع بعد ثبوته ومالا يبطل فحق الرجوع يبطل بصريح الابطال ومايجرى مجرى الصريح نحو قوله أبطلته أو أسقطته أو أبرأتك عنه ومايجرى هذا المجرى لان خيار الرجوع حقه كخيار الرد لثبوته بالشرط وهى السلامة المشروطة فى العقد دلالة بخلاف خيار الرؤية والانسان بسبيل من التصرف فى حقه استيفاء واسقاطا ويسقط أيضا بالرضا بالعيب وهو نوعان صريح ومايجرى مجرى الصريح ودلالة فالصريح هو أن يقول رضيت بالعيب الذى به أو اخترت أو أجزت البيع ومايجرى مجراه والدلالة هى أن يتصرف فى المبيع بعد العلم بالعيب تصرفا يدل على الرضا بالعيب كما اذا انتقص المبيع فى يد المشترى وامتنع الرد بسبب النقصان ووجب الارش ثم تصرف فيه تصرفا أخرجه عن ملكه بأن باعه أو وهب وسلم أو أعتق أو دبر أو استولد مع العلم بالعيب لان التصرف المخرج عن الملك مع العلم بالعيب دلالة الامساك عن الرد وذا دليل الرضا بالعيب فيبطل حق الرجوع ولو امتنع الرد بسبب الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالولد وغيره أو الحاصلة بسبب الاصل غير المتولدة منه كالارش والعقر والزيادة المتصلة غير المتولدة كالصبغ ونحو ذلك ثم تصرف تصرفا أخرجه عن ملكه لا يبطل حق الرجوع بالارش بل يبقى الارش على حاله لان التصرف فى هذه الصورة لم يقع دلالة على الامساك عن الرد لان امتناع الرد كان ثابتا قبله ألا ترى انه ليس للبائع خيار الاسترداد بأن يقول أنا أقبله كذلك مع العيب وأرد اليك جميع الثمن واذا كان الرد ممتنعا قبل التصرف لم يكن هو بالتصرف ممسكا عن الرد فلا يكون دليل الرضا فبقى الارش واجبا كما كان بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يكن الرد ممتنعا حتما ألا ترى ان للبائع أن يقبله ناقصا مع العيب فكان المشترى بتصرفه مفوتا على نفسه حق الرد فكان حابسا للمبيع بفعله ممسكا اياه عن الرد وانه دليل الرضا بالعيب فيبطل حق الرجوع فصار الاصل فى هذا الباب أن وجوب الارش اذا لم يكن ثابتا على سبيل الحتم والالزام بل كان خيار الاسترداد للبائع مع العيب فتصرف المشترى بعد ذلك تصرفا مخرجا عن الملك يوجب بطلان الارش وان كان وجوبه ثابتا حتما بان لم يكن للبائع خيار الاسترداد فتصرف المشترى لا يبطل الارش (وجه) الفرق بين الفصلين على ما نحو ما بينا والله عز وجل أعلم وأما بيان طريق معرفة نقصان العيب فطريقه أن تقوم السلعة وليس بها ذلك العيب وتقوم وبها ذلك فينظر الى نقصان ما بين القيمتين فيرجع على بائعه بقدر ما نقصه العيب من حصته من الثمن ان كانت قيمته مثل ثمنه وان اختلفا فان كان النقصان قدر عشر القيمة يرجع على بائعه بعشر الثمن وان كان قدر خمسها يرجع بخمس الثمن مثاله اذا اشترى ثوبا قيمته عشرة بعشرة فاطلع على عيب به ينقصه عشر قيمته وهو درهم يرجع على بائعه بعشر الثمن وهو درهم ولو اشترى ثوبا قيمته عشرون بعشرة فاطلع على عيب به ينقصه عشر القيمة وذلك درهمان فانه يرجع على البائع بعشر الثمن وذلك درهم واحد ولو كانت قيمته عشرة وقد اشتراه بعشرين والعيب ينقصه عشر القيمة وذلك درهم واحد يرجع على بائعه بعشر الثمن وذلك درهمان على هذا القياس فافهم والله عز وجل أعلم (وأما) الخيار

الثابت شرعا لا شرطا فهو خيار الرؤية والكلام فيه في مواضع في بيان شرعية البيع الذي فيه خيار الرؤية وفي بيان صفته وفي بيان حكمه وفي بيان شرائط ثبوت الخيار وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان كيفية ثبوته وفي بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته و يلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم (أما) الكلام في شرعيته فقد مر في موضعه (وأما) صفته فهي ان شراء ما لم يره المشتري غير لازم لان عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه ولان جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللا فيه واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار ولان من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له اذا رآه فيحتاج الى التدارك فيثبت الخيار لامكان التدارك عند الندم نظرا له كما ثبت خيار الرجعة شرعا نظرا للزوج تمكينا له من التدارك عند الندم كما قال تبارك وتعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا (وأما) بيع ما لم يره البائع فهل يلزم روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه كان يقول أولا لا يلزم و يثبت له الخيار ثم رجع وقال يلزم ولا يثبت له الخيار (وجه) قوله الاول ان ما ثبت له في شراء ما لم يره المشتري وهو ما ذكرنا من المعاني موجود في بيع ما لم يره البائع فورود الشرع بالخيار ثمة يكون ورودا ههنا دلالة (وجه) قوله الآخر ماروي ان سيدنا عثمان بن سيدنا عفان رضي الله عنهما باع أرضا له من طلحة بن عبد الله رضي الله عنهما ولم يكونا رأياها فقيل لسيدنا عثمان رضي الله عنه غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم أره وقيل لطلحة مثل ذلك فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم أره فحكما في ذلك جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد منهم فكان اجماعا منهم على ذلك والاعتبار بجانب المشتري ليس بسديد لان مشتري ما لم يره مشتري على انه خير مما ظنه فيكون بمنزلة مشتري شيء على انه جيد فاذا هو ردىء ومن اشترى شيأ على انه جيد فاذا هو ردىء فله الخيار و بائع شيء لم يره يبيع على انه أدون مما ظنه فكان بمنزلة بائع شيء على انه ردىء فاذا هو جيد ومن باع شيأ على انه ردىء فاذا هو جيد لا خيار للبائع فلهذا افترقا (وأما) حكمه فحكم المبيع الذي لا خيار فيه وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع وثبوت الملك للبائع في الثمن للحال لان ركن البيع صدر مطلقا عن شرط كان ينبغي أن يلزم الا أنه ثبت الخيار شرعا لا شرطا بخلاف البيع بشرط الخيار لان الخيار ثبت بنص كلام العاقدين فأثر في الركن بالمنع من الانعقاد في حق الحكم على ما مر والله عز وجل أعلم (وأما) شرائط ثبوت الخيار (فمنها) أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين فان كان مما لا يتعين بالتعيين لا يثبت فيه الخيار حتى انهما لو تبايعا عينا بعين يثبت الخيار لكل واحد منهما ولو تبايعا دينا بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما ولو اشترى عينا بدين فللمشتري الخيار ولا خيار للبائع وانما كان كذلك لان المبيع اذا كان مما لا يتعين بالتعيين لا ينفسخ العقد برده لانه اذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ فيبقى العقد وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله فاذا قبض يرده هكذا الى ما لا نهاية له فلم يكن الرد مفيدا بخلاف ما اذا كان عينا لان العقد ينفسخ برده لانه يتعين بالعقد فيتعين في الفسخ أيضا فكان الرد مفيدا ولان الفسخ انما يرد على المملوك بالعقد وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وانما يملك بالقبض فلا يرد عليه الفسخ ولهذا يثبت خيار الرؤية في الاجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك لان هذه العقود تنفسخ برد هذه الاشياء فيثبت فيها خيار الرؤية ولا يثبت في المهر و بدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك لان هذه العقود لا تحتمل الانفساخ برد هذه الاموال فصار الاصل ان كل ما ينفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية وما لا فلا والفقه ما ذكرنا والله عز وجل أعلم (ومنها) عدم الرؤية فان اشتراه وهو يراه فلا خيار له لان الاصل هو لزوم العقد وانبرامه لان ركن العقد وجد مطلقا عن شرط الا أنا عرفنا ثبوت الخيار شرعا بالنص والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشتري لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه فبقي الخيار عند الرؤية مبقيا على الاصل وان كان المشتري لم يره وقت الشراء ولكن كان قد رآه قبل ذلك نظر في ذلك ان كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم تتغير فلا خيار له لان الخيار ثبت معدولا به عن الاصل بالنص الوارد في شراء ما لم يره

وهذا

وهذا قد اشترى شيأ قد رآه فلا يثبت له الخيار وان كان قد تغير عن حاله فله الخيار لانه اذا تغير عن حاله فقد صار شيأ آخر فكان مشتريا شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه ولو اختلفا في التغير وعدمه فقال البائع لم يتغير وقال المشترى قد تغير فالقول قول البائع لان الاصل عدم التغير والتغير عارض فكان البائع متمسكا بالاصل والمشترى مدعيا أمرا عارضا فكان القول قول البائع لكن مع يمينه لان حق الرد أمر يجرى فيه البدل والاقرار فيجرى فيه الاستحلاف ولان المشترى بدعوى التغير يدعى حق الرد والبائع ينكر فكان القول قول المنكر ولو اختلفا فقال البائع للمشترى رأيته وقت الشراء وقال المشترى لم أره فالقول قول المشترى لان عدم الرؤية أصل والرؤية عارض فكان الظاهر شاهدا للمشترى فكان القول قوله مع يمينه ولان البائع بدعوى الرؤية يدعى عليه الزام العقد والمشترى ينكر فكان القول قوله ولو أراد المشترى الرد فاختلفا فقال البائع ليس هذا الذى بعتك وقال المشترى هو ذاك بعينه فالقول قوله أنه بعينه وكذلك هذا فى خيار الشرط بخلاف خيار العيب فان القول قول البائع (ووجه) الفرق ان المشترى فى خيار الرؤية والشرط بقوله هذا مالك لا يدعى ثبوت حق الرد عليه لان حق الرد ثابت له حتى يرد عليه من غير قضاء ولا رضا ولكنه يدعى ان هذا الذى قبضه منه فكان اختلافهما فى الحقيقة راجعاً الى المقبوض والاختلاف متى وقع فى تعيين نفس المقبوض فان القول فيه قول القابض وان كان قبضه بغير حق كقبض الغصب ففى القبض الحق أولى بخلاف العيب لان المشترى لا ينفرد بالرد فى خيار العيب ألا ترى انه لا يملك الرد الا بقضاء القاضى أو التراضى فكان هو بقوله هذا مالك بعينه مدعياً حق الرد فى هذا المعين والبائع ينكر ثبوت حق الرد فيه فكان القول قوله هذا اذا كان المشترى بصيراً فاما اذا كان أعمى فشرط ثبوت الخيار له عدم الجس فيما يجس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف وقت الشراء لان هذه الاشياء فى حقه بمنزلة الرؤية فى حق البصير فكان انعدامها شرطاً لثبوت الخيار له فان وجد شئ منه وقت الشراء فاشتراه فلا خيار له وكذا اذا وجدت قبل القبض ثم قبض فلا خيار له لان وجود شئ من ذلك عند القبض فى حقه بمنزلة وجوده عند العقد كالرؤية فى حق البصير بأن رآه قبل القبض ثم قبضه لان كل ذلك دلالة الرضا بلزوم العقد على ما نذكره ان شاء الله تعالى هذا الذى ذكرنا اذا رأى المشترى كل المبيع وقت الشراء (فاما) اذا رأى بعضه دون البعض فجملة الكلام فى جنس هذه المسائل ان المبيع لا يخلو اما أن يكون شيأ واحداً واما أن يكون أشياء فان كان شيأ واحدا فرأى بعضه لا يخلو (اما) ان كان ما رآه منه مقصوداً بنفسه وما لم يره منه تبعاً (واما) ان كان كل واحد منهما مقصوداً بنفسه فان كان ما لم يره تبعاً لما رآه فلا خيار له سواء كان رؤية ما رآه تفيد له العلم بحال ما لم يره أو لا تفيد لان حكم التبع حكم الاصل فكان رؤية الاصل رؤية التبع وان كان مقصوداً بنفسه ينظر فى ذلك ان كان رؤية ما رأى تفيد له العلم بحال ما لم يره فلا خيار له لان المقصود العلم بحال الباقى فكأنه رأى الكل وان كان لا يفيد له العلم بحال الباقى فله الخيار لان المقصود لم يحصل برؤية ما رأى فكأنه لم ير شيأ منه أصلا فعلى هذا الاصل تخرج المسائل اذا اشترى عبداً أو جارية فرأى وجهه دون سائر أعضائه لا خيار له وان كانت رؤية الوجه لا تفيد له العلم بما وراءه لان الوجه أصل فى الرؤية فى بنى آدم وسائر الاعضاء تبع له فيها ولو رأى سائر أعضائه دون الوجه فله الخيار لان رؤية التبع لا تكون رؤية الاصل فكأنه لم ير شيأ منه ولو اشترى فرساً أو بغلا أو حماراً أو نحو ذلك فرأى وجهه لا غير روى ابن سماعة عن محمد انه يسقط خياره وسوى بينه وبين الرقيق وروى عن أبى يوسف ان له الخيار ما لم ير وجهه ومؤخره وهو الصحيح لان الوجه والكفل كل واحد منهما عضو مقصود فى الرؤية فى هذا الجنس فما لم يرهما فهو على خياره وان اشترى شاة فان كانت نعجة حلوبا اشتراها للقنية أو اشترى بقرة حلوبا أو ناقة حلوبا اشتراها للقنية لا بد من النظر الى ضرعها وان اشترى شاة لحم لا بد من الجس حتى لو رآها من بعيد فهو على خياره لان اللحم مقصود من شاة اللحم والضرع مقصود من الحلوب والرؤية من بعيد لا تفيد العلم بهذين المقصودين والله عز وجل أعلم (وأما) البسط فان كان مما يختلف وجهه وظهره فرأى وجهه دون ظهره كالمغافر ونحوها لا خيار له وان رأى الظهر دون الوجه فله الخيار كذا

روى الحسن عن أبي حنيفة ولو اشترى ثوبا واحداً فرأى ظاهره مطويا ولم ينشره فان كان ساذجا ليس بمنقش ولا
بذي علم فلا خيار له لان رؤية ظاهره مطويا تفيد العلم بالباقي وان كان منقشا فهو على خياره ما لم ينشره ويرى نقشه لان
النقش في الثوب المنقش مقصود وان لم يكن منقشا ولكنه ذو علم فرأى علمه فلا خيار له وان لم ير كله ولو رأى كله الا
علمه فله الخيار لان العلم في الثوب المعلم مقصود كالنقش في المنقش ولو اشترى داراً فرأى خارجها أو بستانا فرأى
خارجه ورؤس الاشجار فلا خيار له كذا ذكر في ظاهر الرواية لان الدار شيء واحد وكذا البستان فكان رؤية البعض
رؤية الكل الا ان مشايخنا قالوا ان هذا مؤول وتأويله ان لا يكون في داخل الدار بيوت وأبنية فيحصل المقصود برؤية
الخارج فاما اذا كان داخلها أبنية فله الخيار ما لم ير داخلها لان الداخل هو المقصود من الدار والخارج كالتابع له بمنزلة
الثوب المعلم اذا رأى كله الا علمه كان له الخيار لان العلم هو المقصود منه وذكر الكرخي ان أبا حنيفة عليه الرحمة أجاب
على عادة أهل الكوفة في زمنه فان دورهم في زمنه كانت لا تختلف في البناء وكانت على تقطيع واحد وهيئة واحدة
وانما كانت تختلف في الصغر والكبر والعلم به يحصل برؤية الخارج وأما الآن فلا بد من رؤية داخل الدار وهو
الصحيح لاختلاف الابنية في داخل الدور في زماننا اختلافا فاحشا فرؤية الخارج لا تفيد العلم بالداخل والله عز وجل
أعلم هذا اذا كان المشترى شيأ واحداً فرأى بعضه فاما ان كان أشياء فرأى وقت الشراء بعضها دون البعض فلا يخلو
اما ان كان من المكيلات أو الموزونات فرأى بعضها وقت الشراء فان كان في وعاء واحد فلا خيار له لان رؤية البعض
فيها تفيد العلم بالباقي فكان رؤية البعض كرؤية الكل الا اذا وجد الباقي بخلاف ما رأى فيثبت له الخيار لكن خيار
العيب لا خيار الرؤية وان كان في وعاءين فان كان الكل من جنس واحد وعلى صفة واحدة اختلف المشايخ فيه قال
مشايخ بلخ له الخيار لان اختلاف الوعاءين جعلهما كجنسين وقال مشايخ العراق لا خيار له وهو الصحيح لان رؤية
البعض من هذا الجنس تفيد العلم بالباقي سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين بعد ان كان الكل من جنس واحد وعلى
صفة واحدة فان كان من جنسين أو من جنس واحد على صفتين فله الخيار بلا خلاف لان رؤية البعض من جنس
وعلى وصف لا تفيد العلم بجنس آخر وعلى وصف آخر وان كان من العدديات المتفاوتة كالعبيد والدواب والثياب
بان اشترى جماعة عبيد أو جوارى أو ابل أو بقر أو قطيع غنم أو جراب هروى فرأى بعضها أو كلها الا واحداً فله
الخيار بين أن يرد الكل أو يمسك الكل لان رؤية البعض من هذا الجنس لا تفيد العلم بما وراءه فكأنه لم ير شيأ منه
بخلاف المكيل والموزون لان رؤية البعض منه تفيد العلم بالباقي ولو اشترى جماعة ثياب في جراب ورأى أطراف
الكل أو طى الكل لا خيار له الا اذا كانت معلمة أو منقشة لانها اذا لم تكن معلمة ولا منقشة لم يكن البعض من كل واحد
منها مقصوداً والبعض تبعاً ورؤية البعض تفيد العلم بحال الباقي فكان رؤية البعض رؤية الكل كما اذا اشترى
البطيخ في السريجة والرمان في القفة فرأى البعض فله الخيار لان البعض منها ليس تبعاً للبعض بل كل واحد منها
مقصود بنفسه فرؤية البعض منها لا تفيد العلم بالباقي لكونها متفاوتة تفاوتا فاحشا فكان له الخيار وان كان من العدديات
المتقاربة كالجوز والبيض فرأى البعض منها ذكر الكرخي ان له الخيار والحقه بالعدديات المتفاوتة لاختلافها في
الصغر والكبر كالبطيخ والرمان وذكر القاضي الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرحه مختصر الطحاوى انه لا خيار
له وهو الصحيح لان التفاوت بين صغير البيض والجوز وكبيرهما متقارب ملحق بالعدم عرفا وعادة وشرعا ولهذا الحق
بالعدم في السلم حتى جاز السلم فيها عدداً عند اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر فكان رؤية بعضه معرفا حال الباقي ويحتمل أن
يكون الجواب على ما ذكره الكرخي ويفرق بين هذا وبين السلم وهو ان البيض والجوز مما يتفاوت في الصغر والكبر
حقيقة والاصل في الحقائق اعتبارها الا ان الشرع أهدر هذا التفاوت والحقه بالعدم في السلم لحاجة الناس ولا حاجة
الى الاهدار في اسقاط الخيار فبقي التفاوت فيه معتبراً فرؤية البعض لا تحصل المقصود وهو العلم بحال الباقي فبقي الخيار
والله عز وجل أعلم ولو اشترى دهناً في قارورة فرأى خارج القارورة فعن محمد روايتان روى ابن سماعة عنه انه

لا خيار له لان الرؤية من الخارج تفيد العلم بالداخل فكأنه رآه وهو خارج وروى عنه ان له الخيار لان العلم بما في داخل القارورة لا يحصل بالرؤية من خارج القارورة لان ما في الداخل يتلون بلون القارورة فلا يحصل المقصود من هذه الرؤية وقالوا في المشترى اذا رأى المبيع في المرآة ان له الخيار وكذا في الماء وقالوا لانه لم يرعينه وانما رأى مثاله والصحيح انه رأى عين المبيع لا ان غير المبيع في المرآة والماء بل يراه حيث هو لكن لا على الوجه المعتاد بخلق الله تعالى فيه الرؤية وهذا ليس ببعيد لان المقابلة ليست من شرط الرؤية فانا نرى الله تعالى عز شأنه بلا مقابلة ولكن قد لا يحصل له العلم بهيئته لتفاوت المرآة فيعلم بأصله لا بهيئته فلذلك يثبت له الخيار لا لما قالوا والله عز وجل أعلم على ان في العرف لا يشترى الانسان شيأ لم يره ليراه في المرآة أو في الماء ليحصل له العلم بهذا الطريق فلا تكون رؤيته في المرآة وان رأى عينه مسقطة للخيار وعلى هذا قالوا فيمن رأى فرج أم امرأته في الماء أو في المرآة فنظر اليه بشهوة لا تثبت له حرمة المصاهرة وكذا لا يصير مراجعاً للمرأة المطلقة طلاقاً رجعياً لما قلنا ولو اشترى سمكاً في دائرة يمكن أخذه من غير اصطياد وحيلة حتى جاز البيع فرآه في الماء ثم أخذه قال بعضهم لا خيار له لانه رأى عين السمك في الماء وقال بعضهم له الخيار لان ما رآه كما هو لان الشئ لا يرى في الماء كما هو بل يرى أكثر مما هو فلم يحصل المقصود بهذه الرؤية وهو معرفته كما هو فله الخيار (وأما) بيان وقت ثبوت الخيار فوقت ثبوت الخيار هو وقت الرؤية لا قبلها حتى لو أجاز قبل الرؤية ورضى به صريحاً بأن قال أجزت أو رضيت أو ما يجرى هذا المجرى ثم رآه له أن يرده لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه أثبت الخيار للمشترى بعد الرؤية فلو ثبت له خيار الاجازة قبل الرؤية وأجاز لم يثبت له الخيار بعد الرؤية وهذا خلاف النص ولان المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصف والرضا بالشئ قبل العلم به والعلم بوجود سببه محال فكان ملحقاً بالعدم (وأما) الفسخ قبل الرؤية فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لانه لا خيار قبل الرؤية ولهذا لم تجز الاجازة فلا يجوز الفسخ وقال بعضهم يجوز وهو الصحيح لان هذا عقد غير لازم فكان محل الفسخ كالعقد الذى فيه خيار العيب وعقد الاعارة والايداع وقد خرج الجواب عن قولهم انه لا خيار قبل الرؤية لان ملك الفسخ لم يثبت حكماً للخيار وانما يثبت حكماً لعدم لزوم العقد والله عز وجل أعلم (وأما) بيان كيفية ثبوت الخيار فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ان خيار الرؤية بعد الرؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر الى أن يوجد ما يبطله فيبطل حينئذ والا فيبقى على حاله ولا يتوقف بامكان الفسخ وهو اختيار الكرخي لان سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضا والحكم يبقى ما بقى سببه وقال بعضهم انه يثبت موقتاً الى غاية امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو رآه وأمكنه الفسخ ولم يفسخ يسقط خياره وان لم توجد الاسباب المسقطة للخيار على ما نذكرها ان شاء الله تعالى لان من الاسباب المسقطة للخيار الرضا والاجازة والامتناع من الفسخ بعد الامكان دليل الاجازة والرضا والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم فنقول وبالله التوفيق ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع في الاصل نوعان اختياري وضروري والاختياري نوعان صريح وما يجرى مجرى الصريح ودلالة (أما) الصريح وما في معناه فنحو ان يقول أجزت البيع أو رضيت أو اخترت أو ما يجرى هذا المجرى سواء علم البائع بالاجازة أو لم يعلم لان الاصل في البيع المطلق هو اللزوم والامتناع لخلل في الرضا فاذا أجاز ورضى فقد زال المانع فيلزم (وأما) الدلالة فهو أن يوجد من المشترى تصرف في المبيع بعد الرؤية يدل على الاجازة والرضا نحو ما اذا قبضه بعد الرؤية لان القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع لان للقبض شبهاً بالعقد فكان القبض بعد الرؤية كالعقد بعد الرؤية وذاك دليل الرضا كذا هذا وسواء قبضه بنفسه أو وكيله بالقبض بأن قبضه الوكيل وهو ينظر اليه وكانت رؤيته كرؤية الموكل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يسقط خياره بقبض الوكيل مع رؤيته ولقب المسألة ان الوكيل بالقبض يملك اسقاط خيار الرؤية عنده وعندهما لا يملك وأجمعوا على أن الرسول بالقبض لا يملك وأجمعوا على أن الوكيل بالشراء يملك وكانت رؤيته رؤية الموكل وأجمعوا على أن الرسول بالشراء

لا يملك ولا تكون رؤيته رؤية المرسل ويثبت الخيار للمرسل اذا رآه (وجه) قولهما ان الوكيل متصرف بحكم الامر والمتصرف بحكم الامر لا يتعدى الى مورد الامر وهو وكيل بالقبض لا باسقاط الخيار فلا يملك اسقاطه ولهذا لا يملك اسقاط خيار العيب ولا خيار الشرط وكذا الرسول لا يملك فكذا الوكيل ولابي حنيفة أنه وكيل بالقبض لكن بقبض تام لان الوكيل بالشئ وكيل باتمام ذلك الشئ ولهذا كان الوكيل بالخصومة وكيلا بالقبض وتمام القبض باسقاط الخيار لان خيار الرؤية يمنع تمام القبض ولهذا لا يملك التفريق بعد القبض لانه غير مقبوض وقد خرج الجواب عن قولهما انه وكيل بالقبض لا بابطال الخيار لان الوكيل عنده لا يملك ابطال الخيار مقصودا لان الموكل لا يملك ذلك فكيف يملكه الوكيل وانما يبطل في ضمن القبض بأن قبضه وهو ينظر اليه حتى لو قبضه مستورا ثم أراد بطلان الخيار لا يملكه والشئ قد يثبت ضمنا لغيره وان كان لا يثبت مقصودا كعزل الوكيل وغيره بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض الا ترى أنه يملك التفريق بعد القبض وكذا الرد بعد القبض بغير قضاء لم يكن رفعا للعقد من الاصل بخلاف الرد قبل القبض وبخلاف خيار الشرط لانه يثبت للاختبار والقبض وسيلة الى الاختبار فلم يصلح القبض دليل الرضا وخيار الرؤية انما يثبت بخلل في الرضا والقبض مع الرؤية دليل الرضا على الكمال فاوجب بطلان الخيار وبخلاف الرسول بالقبض لانه نائب في القبض عن المرسل فكان قبضه قبض المرسل فكان اتمام القبض الى المرسل (وأما) الوكيل فأصل في نفس القبض وانما الواقع للموكل حكم فعله فكان الاتمام الى الوكيل وكذا اذا تصرف فيه تصرف الملاك بأن كان ثوبا فقطعه أوصبغه أحمر أوأصفر أو سويقا فلته بسمن أوعسل أوأرضا فبنى عليها أوغرس أوزرع أوجارية فوطئها أولمسها بشهوة أو نظر الى فرجها عن شهوة أودابة فركبها لحاجة نفسه ونحو ذلك لان الاقدام على هذه التصرفات دلالة الاجازة والرضا بلزوم البيع والملك به إذ لولم يكن به وفسخ البيع لتبين أنه تصرف في ملك الغير من كل وجه أومن وجه وانه حرام فجعل ذلك اجازة منه صيانة له عن ارتكاب الحرام وكذا اذا عرضه على البيع باع أولم يبع لانه لما عرضه على البيع فقد قصد اثبات الملك اللازم للمشتري ومن ضرورته لزوم الملك له ليمكنه اثباته لغيره ولو عرض بعضه على البيع سقط خياره عند أبي يوسف وعند محمد لا يسقط والصحيح قول أبي يوسف لان سقوط الخيار ولزوم البيع بالعرض لكون العرض دلالة الاجازة والرضا ودلالة الاجازة دون صريح الاجازة ثم لو صرح بالاجازة في البعض لم يجز ولم يسقط خياره لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام فلأن لا يسقط بدلالة الاجازة أولى وكذا لو وهبه سلم أولم يسلم لان الثابت بالهبة لا يعود اليه الا بقرينة القضاء أوالرضا فكان الاقدام عليها دلالة قصد اثبات الملك اللازم فيقتضي لزوم الملك للواهب وكذا اذا رهنه وسلم أوآجره لان كل واحد منهما عقد لازم في نفسه والثابت بهما حق لازم للغير وكذا اذا كاتبه لان الكتابة عقد لازم في جانب المكاتب والثابت بها حق لازم في حقه وكذا اذا باعه أو وهبه وسلم وكذا اذا أعتقه أودبره أواستولدها لان هذه تصرفات لازمة والثابت بها ملك لازم أوحق لازم فالاقدام عليها يكون اجازة والتزاما للعقد دلالة ولو باع بشرط الخيار لنفسه لا يسقط خياره في رواية وفي رواية يسقط وهي الصحيحة لان البيع بشرط الخيار لا يكون أدنى من العرض على البيع بل فوقه ثم العرض على البيع يسقط الخيار فهذا أولى وكذا لو أخرج بعضه عن ملكه يسقط خياره عن الباقي ولزم البيع فيه لان رد الباقي تفريق الصفقة على البائع قبل التمام لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لانه يمنع تمام الرضا وكذا اذا انتقص المعقود عليه بفعله والله عز وجل أعلم (وأما) الضروري فهو كل ما يسقط به الخيار ويلزم البيع من غير صنعه نحو موت المشتري عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والمسألة قدمرت في خيار الشرط وكذا اجازة أحد الشركين فيما اشترياه ولم يرياه دون صاحبه عند أبي حنيفة وقد ذكرنا المسألة في خيار العيب وكذا اذا هلك بعضه أوانتقص بأن تعيب بآفة سماوية أو بفعل أجنبي أو بفعل البائع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أوازداد في يد المشتري زيادة منفصلة أومتصلة متولدة

أوغيرمتولدة على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذى ذكرنا فى خيار الشرط والعيب والاصل ان كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية الا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الاسقاط وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الاسقاط لا قبل الرؤية ولا بعدها أما قبلها فلما ذكرنا فيما تقدم أنه لا خيار قبل الرؤية لان أوان ثبوت الخيار هو أوان الرؤية فقبل الرؤية لا خيار واسقاط الشئ قبل ثبوته وثبوت سببه محال وأما بعد الرؤية فلان الخيار ما ثبت باشتراط العاقدين لان ركن العقد مطلق عن الشرط نصاً ودلالة وانما يثبت شرعا لحكمة فيه فكان ثابتاً حقاً لله تعالى (وأما) خيار الشرط والعيب فثبت باشتراط العاقدين أما خيار الشرط فظاهر لانه منصوص عليه فى العقد (وأما) خيار العيب فلان السلامة مشروطة فى العقد دلالة والثابت بدلالة النص كالثابت بصريح النص فكان ثابتاً حقاً للعبد وما ثبت حقاً للعبد يحتمل السقوط باسقاطه مقصوداً لان الانسان يملك التصرف فى حق نفسه مقصوداً استيفاء واسقاطاً فأما ما ثبت حقاً لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف فيه اسقاطاً مقصوداً لانه لا يملك التصرف فى حق غيره مقصوداً لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرف فى حق نفسه مقصوداً ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع فيسقط حق الشرع فى ضمن التصرف فى حق نفسه كما اذا أجاز المشترى البيع ورضى به بعد الرؤية نصا أو دلالة بمباشرة تصرف يدل على الرضا والاجازة لانه وان ثبت حقاً للشرع لكن الشرع أثبته نظرا للعبد حتى اذا رآه وصلح له أجازه وان لم يصلح له رده إذ الخيار هو التخيير بين الفسخ والاجازة فكان المشترى بالاجازة والرضا متصرفا فى حق نفسه مقصوداً ثم من ضرورة الاجازة لزوم العقد ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار فكان سقوط الخيار من طريق الضرورة لا بالاسقاط مقصوداً ويجوز أن يثبت الشئ بطريق الضرورة وان كان لا يثبت مقصوداً كالوكيل بالبيع اذا عزله الموكل ولم يعلم به فانه لا ينعزل ولو باع الموكل بنفسه ينعزل الوكيل كذا ههنا ولو باع بشرط الخيار قبل الرؤية أو عرضه على البيع أو وهبه ولم يسلم أو كان للمشترى دار فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة فهو على خياره لان هذه التصرفات دلالة الرضا وهذا الخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا فبدلالة الرضا أولى أن لا يسقط وانما يسقط بتعذر الفسخ بأن أعتق أو دبر أو باع أو آجر أو رهن وسلم أما الاعتاق والتدبير فلان كل واحد منهما وقع صحيحا لمصادفته محلا مملوكا وكل واحد منهما تصرف لازم لا يحتمل النقض والفسخ فتعذر فسخ البيع لتعذر فسخهما (وأما) البيع والاجارة والرهن فلانها تصرفات لازمة أوجب بها ملكا لازما أو حقا لازما للغير على وجه لا يملك الاسترداد فتعذر الفسخ وتعذر فسخ العقد يوجب لزومه لان الفسخ اذا تعذر لم يكن فى بقاء العقد فائدة فيسقط ضرورة ولو باع أو رهن أو آجر ثم رد عليه بعيب بقضاء القاضى أو افتك الرهن أو انقضت مدة الاجارة لا يعود الخيار كذا روى عن أبى يوسف لان خيار الرؤية بعد ما سقط لا يعود الا بسبب جديد بخلاف خيار العيب وعلى هذا اذا كاتبه أو وهبه وسلمه أو باعه بشرط الخيار للمشترى قبل الرؤية يلزم البيع لان هذه عقود لازمة أوجبت حقوقا لازمة (أما) الكتابة فلانها عقد لازم فى حق المكاتب حتى لا يملك الفسخ من غير رضا المكاتب وكذا البيع بشرط الخيار للمشترى لانه لازم فى جانب البائع (وأما) الهبة فلان الملك الثابت بها ملك لا يحتمل العود اليه الا بقضاء أو رضا فكان فى معنى اللازم واذا تعذر الفسخ بسبب هذه التصرفات وتعذر الفسخ يوجب اللزوم ويسقط الخيار ضرورة عدم الفائدة بخلاف ما اذا باع بشرط الخيار لنفسه لانه ليس بتصرف لازم فى حقه وكذا الهبة من غير تسليم والعرض على البيع والله عز وجل أعلم ثم ما ذكرنا من سقوط الخيار ولزوم البيع برضا المشترى اذا رأى كل المبيع فرضى به فأما اذا رأى بعضه دون بعض فهل يسقط خياره فتفصيل الكلام فيه على النحو الذى ذكرنا فيما اذا رأى بعض المبيع دون بعض وقت الشراء فكل ما يمنع ثبوت الخيار هناك يسقط بعد ثبوته ههنا ومالا فلا وفيما وراء ذلك لا يختلفان والله عز وجل أعلم وعلى ذلك يخرج ما اذا اشترى مغيبا فى الارض كالجزر والبصل والثوم والسلق والفجل ونحوها من المغيبات فى الارض فقلع بعضه ورضى بالمقلوع انه لا يسقط خياره عند

أبي حنيفة حتى إنه اذا قلع الباقي كان على خياره ان شاء رد الكل وان شاء أمسك الكل وقال أبو يوسف ومحمد اذا قلع شيأ مما يستدل به على الباقي في عظمه ورضى به المشتري فهو لازم (وجه) قولهما انه اذا قلع ما يستدل به على الباقي كان رؤية بعضه كرؤية كله فكانه قلع الكل ورضى به كما اذا اشترى صبرة فرأى ظاهرها يسقط خياره كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان هذه المغيبات مما تختلف بالصغر والكبر والجودة والرداءة اختلافا فاحشا فرؤية البعض منها لا تفيد العلم بحال البقية فأشبه الثياب وسائر العدديات المتفاوتة ولو قطع المشتري الكل بغير اذن البائع سقط خياره لانه نقص المعقود عليه بالقلع لانه كان ينمو في الارض ويزيد ولا يتسارع اليه الفساد وبعد القلع لا ينمو ويتسارع اليه الفساد وانتقاص المعقود عليه في يد المشتري بغير صنعه يسقط الخيار ويلزم البيع فبصنعه أولى وكذا اذا قلع بعضه بغير اذنه لانه نقص بعض المبيع وانتقاص بعض المبيع بنفسه يمنع رد الباقي فبصنعه أولى وان قلع كله باذن البائع أو بعضه أو قلع الباقي بنفسه لم يذكر الكرخي هذا الفصل وينبغي أن لا يختلف الجواب فيه على قياس قول أبي حنيفة ومحمد كما في البيع بشرط الخيار للمشتري اذا انتقص المبيع بفعل البائع انه يسقط خيار المشتري عندهما وهو قول أبي يوسف الاول وفي قوله الآخر لا يسقط وروى بشر عن أبي يوسف ان المشتري اذا قلع البعض باذن البائع أو قلع البائع بعضه أنه ينظر ان كان المغيب مما يباع بالكيل أو الوزن بعد القلع فقلع قدر ما يدخل تحت الكيل أو الوزن ورضى به يلزم البيع ويسقط خياره لان الرضا ببعض المكيل بعد رؤيته رضا بالكل لان رؤية بعضه تعرف حال الباقي الا اذا كان المقلوع قليلا لا يدخل تحت الكيل فلا يسقط خياره لان قلعه والترك بمنزلة واحدة فكانه لم يقلع منه شيأ وان كان مما يباع عددا كالسلق والفجل ونحوها فقلع بعضا منه فهو على خياره لان رؤية البعض منه لا تفيد العلم بحال الباقي للتفاوت الفاحش بين الصغير والكبير من هذا الجنس فلا يحصل المقصود برؤية البعض فيبقى على خياره وقال أبو يوسف اذا اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري اني أخاف ان قلعته لا يصلح لي ولا أقدر على الرد وقال البائع اني أخاف ان قلعته لا ترضى به فمن تطوع منهما بالقلع جاز وان تشاحا على ذلك فسخ القاضي العقد بينهما لانهما اذا تشاحا فلا سبيل الى الاجبار لما في الاجبار من الاضرار فتعذر التسليم فلم يكن في بقاء العقد فائدة فيفسخ والله عز وجل أعلم هذا الذي ذكرنا بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته في حق البصير فأما الاعمى اذا اشترى شيأ وثبت له الخيار فان خياره سقط بما ذكرنا من الاسباب المسقطة لكن بعد ما وجد منه ما يقوم مقام الرؤية وهو الجس فيما يجس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف كالدار والعقار والثمار على رؤس الاشجار ونحوها اذا كان الموصوف على ما وصف وكان ذلك في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير وروى عن الحسن بن زياد انه قال يوكل بصيرا بالرؤية وتكون رؤية الوكيل قائمة مقام رؤيته وروى هشام عن محمد أنه يقوم من المبيع في موضع لو كان بصيرا لرآه ثم يوصف له لان هذا أقصى ما يمكن ولو وصف له فرضى به ثم أبصر لا يعود الخيار لان الوصف في حقه كالخلف عن الرؤية لعجزه عن الاصل والقدرة على الاصل بعد حصول المقصود بالخلف لا يبطل حكم الخلف كمن صلى بطهارة التيمم ثم قدر على الماء ونحو ذلك ولو اشترى البصير شيأ لم يره حتى ثبت له الخيار ثم عمى فهذا والاعمى عند الشراء سواء لانه ثبت له خيار الرؤية وهو أعمى فكانت رؤيته رؤية العميان وهي ما ذكرنا والله عز وجل أعلم

(وأما) بيان ما ينفسخ به العقد فالكلام في هذا الفصل في موضعين أحدهما في بيان ما ينفسخ به العقد والثاني في بيان شرائط صحة الفسخ أما الاول فما ينفسخ به العقد نوعان اختياري وضروري فالاختياري هو أن يقول فسخت العقد أو نقضته أو رددته وما يجري هذا المجرى والضروري أن يهلك المبيع قبل القبض (وأما) شرائط صحته فمنها قيام الخيار لان الخيار اذا سقط لزم العقد والعقد اللازم لا يحتمل الفسخ ومنها أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع وان تضمن بأن رد بعض المبيع دون البعض لم يصح وكذا اذا رد البعض وأجاز البيع في البعض لم يجز سواء كان قبل قبض المعقود عليه أو بعده لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة فكان هذا تفريق الصفقة

على

على البائع قبل تمامها وانه باطل ومنها علم البائع بالفسخ عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف ليس بشرط وقد ذكرنا دلائل المسألة فى خيار الشرط وأما قضاء القاضى أو التراضى فليس بشرط لصحة الفسخ بخيار الرؤية كما لا يشترط لصحة الفسخ بخيار الشرط فيصح من غير قضاء ولا رضا قبل القبض و بعده بخلاف خيار العيب وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم والله عز وجل أعلم (وأما) البيع الفاسد فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة وقد ذكرنا شرائط الصحة فى مواضعها (وأما) حكمه فالكلام فى حكمه يقع فى ثلاث مواضع أحدها فى بيان أصل الحكم والثانى فى بيان صفته والثالث فى بيان شرائطه أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك فى الجملة عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا حكم للبيع الفاسد فالبيع عنده قسمان جائز و باطل لا ثالث لهما والفاسد والباطل سواء وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائز والباطل وهذا على مثال ما يقول فى أقسام المشروعات ان الفرض والواجب سواء وعندنا هما قسمان حقيقة على ما عرف فى أصول الفقه (وجه) قوله ان هذا بيع منهى عنه فلا يفيد الملك قياساً على بيع الخمر والخنزير والميتة والدم ودلالة الوصف ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين وروى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لعتاب بن اسيد حين بعثه الى مكة انههم عن أربع عن بيع ما لم يقبضوا وعن ربح ما لم يضمنوا وعن شرطين فى بيع وعن بيع وسلف وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء ونحو ذلك والمنهى عنه يكون حراماً والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك لان الملك نعمة والحرام لا يصلح سبباً لاستحقاق النعمة ولهذا بطل بيع الخمر والخنزير والميتة والدم فكذا هذا (ولنا) ان هذا بيع مشروع فيفيد الملك فى الجملة استدلالا بسائر البياعات المشروعة والدليل على انه بيع ان البيع فى اللغة مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب مالا كان أو غير مال قال الله سبحانه وتعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى سمى مبادلة الضلالة بالهدى اشتراء وتجارة فقال سبحانه وتعالى فما ربحت تجارتهم والتجارة مبادلة المال بالمال قال الله عز شأنه ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة سمى سبحانه وتعالى مبادلة الانفس والاموال بالجنة اشتراء وبيعاً حيث قال تعالى فى آخر الآية فاستبشروا ببيعكم الذى بايعتم به وفى عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم وقد وجد فكان بيعاً والدليل على أنه مشروع النصوص العامة المطلقة فى باب البيع من نحو قوله تعالى عز وجل وأحل الله البيع وقوله عز شأنه ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم ونحو ذلك مما ورد من النصوص فى هذا الباب عاماً مطلقاً فمن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل (ولنا) الاستدلال بدلالة الاجماع أيضاً وهو أنا أجمعنا على أن البيع الخالى عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك وقران هذه الشروط بالبيع ذكراً لم يصح فالتحق ذكرها بالعدم إذ الموجود الملحق بالعدم شرعاً والعدم الاصلى سواء واذا ألحق بالعدم فى نفس البيع خالياً عن المفسد والبيع الخالى عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالاجماع وهذا استدلال قوى (وأما) النهى فالجواب عن التعلق به ان هذا نهى عن غير البيع لا عن عينه لوجوه ثلاثة أحدها أن شرعية أصل البيع وجنسه ثبت معقول المعنى وهو أنه سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة وانه سبب بقاء العالم الى حين إذ لاقوام للبشر الا بالاكل والشرب والسكنى واللباس ولا سبيل الى استبقاء النفس بذلك الا بالاختصاص به واندفاع المنازعة وذلك سبب الاختصاص واندفاع المنازعة وهو البيع ولا يجوز ورود الشرع عما عرف حسنه أو حسن أصله بالعقل لانه يؤدى الى التناقض ولهذا لم يجز النهى عن الايمان بالله عز وجل وشكر النعم وأصل العبادات لثبوت حسنها بالعقل فيحمل النهى المضاف الى البيع على غيره ضرورة والثانى ان سلم جواز ورود النهى عن البيع فى الجملة لكن حمله على الغير ههنا أولى من وجهين أحدهما أنه عمل بالدلائل بقدر الامكان والثانى ان فى الحمل على البيع نسخ المشروعية وفى الحمل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز ولا شك أن الحمل على المجاز أولى من الحمل على التناسخ لان الحمل على المجاز من باب نسخ

الكلام ونسخ المشروعية نسخ الحكم والحكم هو المقصود والكلام وسيلة ونسخ الوسيلة أولى من نسخ المقصود والله عز وجل أعلم (وأما) صفة هذا الحكم فنقول له صفات منها انه ملك غير لازم بل هو مستحق الفسخ فيقع الكلام في هذه الصفة في مواضع في بيان ان الثابت بهذا البيع مستحق الفسخ وفي بيان من يملك الفسخ وفي بيان ما يكون فسخاً وفي بيان شرط صحة الفسخ وفي بيان ما يبطل به حق الفسخ بعد ثبوته اما بيان ان الثابت بهذا البيع أوجب الفسخ فهو ان البيع وان كان مشروعاً في ذاته فالفساد مقترن به ذكراً ودفع الفساد واجب ولا يمكن الا بفسخ العقد فيستحق فسخه لكن لغيره لا لعينه حتى لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ البيع لا يفسخ كما اذا كان الفساد لجهالة الاجل فأسقطاه يسقط ويبقى البيع مشروعاً كما كان ولان اشتراط الربا وشرط الخيار مجهول وادخال الآجال المجهولة في البيع ونحو ذلك معصية والزجر عن المعصية واجب واستحقاق الفسخ يصلح زاجراً عن المعصية لانه اذا علم أنه يفسخ فالظاهر أنه يمتنع عن المباشرة (وأما) بيان من يملك الفسخ فنقول وبالله التوفيق الفساد لا يخلو اما ان يكون راجعا الى البدل بان باع بالخمر والخنزير واما ان لم يكن راجعاً اليه كالبيع بشرط منفعة زائدة لاحد العاقدين أو الى أجل مجهول والحال لا يخلو اما ان كان قبل القبض واما ان كان بعده فان كان قبل القبض فكل واحد من العاقدين يملك الفسخ من غير رضا الآخر كيف ما كان الفساد لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان الفسخ قبل القبض بمنزلة الامتناع عن القبول والايجاب فيملكه كل واحد منهما كالفسخ بخيار شرط العاقدين وان كان بعد القبض فان كان الفساد راجعا الى البدل فالجواب فيه وفيما قبل القبض سواء لان الفساد الراجع الى البدل فساد في صلب العقد ألا ترى أنه لا يمكن تصحيحه بخلاف هذا المفسد لما أنه لا قوام للعقد الا بالبدلين فكان الفساد قويا فيؤثر في صلب العقد بسلب اللزوم عنه فيظهر عدم اللزوم في حقهما جميعا ولو لم يكن راجعا الى البدل فقد ذكر الامام الاسبيجابي في شرحه مختصر الطحاوي ان ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه ولم يحك خلافا لان الفساد الذي لا يرجع الى البدل لا يكون قويا لكونه محتملا للحذف والاسقاط فيظهر في حق صاحب الشرط لا غير ويؤثر في سلب اللزوم في حقه لا في حق صاحبه وذكر الكرخي الاختلاف في المسألة فقال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يملك كل واحد منهما الفسخ وعلى قول محمد رحمه الله حق الفسخ ان شرط له المنفعة لا غير (وجه) قوله على نحو ما ذكرنا ان من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد بحذف المفسد واسقاطه فلو فسخه الآخر لا بطل حقه عليه وهذا لا يجوز (وجه) قولهما ان العقد في نفسه غير لازم لما فيه من الفساد بل هو مستحق الفسخ في نفسه رفعا للفساد وقوله المفسد ممكن الحذف فنعم لكنه الى أن يحذف فهو قائم وقيامه يمنع لزوم العقد وبه تبين ان الفسخ من صاحبه ليس بابطال لحق صاحب الشرط لان ابطال الحق قبل ثبوته محال (وأما) بيان ما يكون فسخا لهذا العقد ففسخه بطريقين قول وفعل فالقول هو أن يقول من يملك الفسخ فسخت أو نقضت أو رددت ونحو ذلك فينفسخ بنفس الفسخ ولا يحتاج الى قضاء القاضي ولا الى رضا البائع سواء كان قبل القبض أو بعده لان هذا البيع انما استحق الفسخ حقاً لله عز وجل لما في الفسخ من رفع الفساد ورفع الفساد حق الله تعالى على الخلوص فيظهر في حق الكل فكان فسخاً في حق الناس كافة فلا تقف صحته على القضاء ولا على الرضا والفعل هو أن يرد المبيع على بائعه على أي وجه ما رده ببيع أو هبة أو صدقة أو اعارة أو ايداع بان باعه منه أو وهبه أو تصدق عليه أو أعاره منه أو أودعه اياه يبرأ المشتري عن الضمان لانه يستحق الرد على البائع فعلى أي وجه ما رده يقع عن جهة الاستحقاق بمنزلة رد العارية والوديعة أنه يكون فسخا والوديعة باي طريق كان الرد لما قلنا كذا هذا وكذا لو باعه المشتري من وكيل البائع وسلمه اليه لان حكم البيع يقع لموكله وهو البائع فكانه باعه للبائع ولو باعه المشتري من عبد بائعه وهو مأذون له في التجارة فان لم يكن عليه دين كان فسخا للبيع ولا يبرأ عن المشتري ضمانه حتى يصل الى البائع لانه اذا لم يكن عليه دين فحكم تصرفه وقع للمولى فكان بيعا من المولى وان كان عليه دين لا يكون فسخا للبيع ويتقرر الضمان على المشتري لانه اذا كان عليه دين فحكم تصرفه

لا يقع للمولى فلم يكن ذلك بيعاً من المولى فصار كما اذا باعه من أجنبي ولو اشترى من عبد مأذون لا نسان شيئاً منه شراء فاسداً أو قبضه ثم انه باعه من مولاه فان لم يكن عليه دين كان فسخاً للبيع لانه يكون مشتريا من المولى كانه اشتراه من مولاه ثم باعه منه فان كان عليه دين لم يكن فسخاً لانه يكون مشتريا منه لا من مولاه فكانه اشترى من أجنبي و باعه من مولاه ولو باعه المشترى من مضارب البائع لم يكن فسخاً للبيع وتقرر الضمان على المشترى بخلاف ما اذا باعه من وكيل بائعه بالشراء أنه يكون فسخاً (ووجه) الفرق ان الوكيل بالشراء يتصرف لموكله لا لنفسه ألا ترى ان حكم تصرفه يقع لموكله لا له فنزل منزلة البيع من الموكل وذلك فسخ فاما المضارب فيتصرف لنفسه ألا ترى ان الربح مشترك بينهما فكان بمنزلة الاجنبي ولو كان البائع وكيلا لغيره بالشراء فاشترى المشترى شراء فاسداً لموكله لم يكن فسخا للبيع لان حكم الشراء يقع لموكله لا له ووجب عليه الثمن للمشترى وتقرر على المشترى ضمان القيمة و يلتقيان قصاصاً لعدم الفائدة فى الاستيفاء و يترادان الفضل ان كان فى أحدهما فضل والله عز وجل أعلم (وأما) شرط صحة الفسخ فهو أن يكون الفسخ بحضر من صاحبه ذكره الكرخي ولم يذكر الاختلاف فيه وذكر القاضي الامام الاسبيجابي رحمه الله فى شرحه مختصر الطحاوي ان هذا شرط عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ليس بشرط وجعله على الاختلاف فى خيار الشرط والرؤية وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم (وأما) بيان ما يبطل به حق الفسخ و يلزم البيع و يتقرر الضمان وما لا يبطل ولا يلزم ولا يتقرر فنقول و بالله التوفيق الفسخ فى البيع الفاسد يبطل بصريح الابطال والاسقاط بان يقول أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع أو الزمته لان وجوب الفسخ عنه ثبت حقا لله تعالى دفعاً للفساد وما ثبت حقاً لله تعالى خالصا لا يقدر العبد على اسقاطه مقصوداً كخيار الرؤية لكن قد يسقط بطريق الضرورة بان يتصرف العبد فى حق نفسه مقصوداً فيتضمن ذلك سقوط حق الله عز وجل بطريق الضرورة أو يفوت محل الفسخ أو غير ذلك و بيان ذلك فى مسائل المشترى شراء فاسداً اذا باع المشترى أو وهبه أو تصدق به بطل حق الفسخ وعلى المشترى القيمة أو المثل لانه تصرف فى محل مملوك له فنفذ تصرفه ولا سبيل للبائع على بعضه لانه حصل عن تسليط منه و يطيب للمشترى الثاني لانه ملكه بعقد صحيح بخلاف المشترى الاول لانه لا يطيب له لانه ملكه بعقد فاسد فرق بين هذا و بين ما اذا دخل مسلم دار الحرب بامان فاخذ شيأ من أموالهم بغير اذنهم وأخرجه الى دار الاسلام ثم باعه انه يصح بيعه لكن لا يطيب للمشترى كما لا يطيب للآخذ (ووجه) الفرق ان عدم الطيب فى المأخوذ من الحربي بغير اذنه لكونه مأخوذاً على وجه الغدر والخيانة والمأخوذ على هذا الوجه واجب الرد على صاحبه رداً للخيانة و بالبيع لم يخرج عن استحقاق الرد على مالكه لحصوله لا بتسليط من جهته فبقي واجب الرد كما كان وهذا يمنع الطيب بخلاف البيع الفاسد لان انعدام الطيب للمشترى ههنا لقران الفساد به ذكراً لا حقيقة ولم يوجد ذلك فى البيع الثاني وخرج المبيع من أن يكون مستحق الرد على البائع لحصول البيع من المشترى بتسليطه والله عز وجل أعلم ولو باعه فرد عليه بخيار شرط أو رؤية أو عيب بقضاء قاض وعاد على حكم الملك الاول عاد حق الفسخ لان الرد بهذه الوجوه فسخ محض فكان دفعا للعقد من الاصل وجعلا له كان لم يكن ولو اشتراه ثانيا أو عاد اليه بسبب مبتدأ لا يعود الفسخ لان الملك اختلف لاختلاف السبب فكان اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العقدين ولو اعتقه المشترى أو دبره بطل حق الفسخ لما قلنا ولان الاعتاق والتدبير كل واحد منهما تصرف لا يحتمل الفسخ بعد صحته فيوجب بطلان حق الاسترداد والفسخ ضرورة وكذلك لو استولدها لما قلنا وتصير الجارية أم ولد المشترى لان الاستيلاد قد صح لحصوله فى ملكه وعلى المشترى قيمة الجارية لتعذر الرد بالاستيلاد فصار كما لو هلكت فى يده وهل يغرم العقر ذكر فى البيوع أنه لا يغرم وفى الشرب روايتان والصحيح أنه لا يضمن العقر لانه وطئ ملك نفسه وقد تقرر ملكه بالاستيلاد لتعذر الرد ولو وطئها المشترى ولم يعلقها لا يبطل حق الفسخ وللبائع أن يسترد الجارية مع عقرها باتفاق الروايات فرق بين هذا و بين الجارية الموهوبة اذا وطئها الموهوب له وأعلقها ثم رجع الواهب فى هبته وأخذ الجارية ان الموهوب له لا

يضمن العقر (ووجـه) الفرق ان الثابت بالهبة ملك محلل للوطء و بالرجوع لم يتبين ان حـل الوطء لم يكن فكان مستمتعا بملك نفسه فلا عقر عليه بخلاف البيع الفاسـد لان الملك الثابت به لا يظهر فى حق حل الوطء فكان الوطء حراما الا أنه سقط عنه الحد للشبهة فوجب العقد وكذلك لوكاتبه لان الكتابة قد صحت لوجودها فى الملك ولا سبيل للبائع الى نقضها لحصولها من المشترى بتسليط البائع فـلا يكون له حق النقض عليـه وعلى المشترى قيمة العبد فان أدى بدل الكتابة وعتق تقرر على المشترى ضمان القيمة وان عجز و ردفى الرق ينظر ان كان ذلك قبل القضاء بالقيمة على المشترى فللبائع أن يسترده لانه كان مستحق الرد قبل الكتابة لعدم لزوم الملك الا انه امتنع الرد لعارض الكتابة فان عجز و ردفى الرق قبل القضاء بالقيمة فقد زال العارض والتحق بالعدم كانه لم يكن فعاد مستحق الرد على المشترى كما كان وان كان بعد ماقضى عليه بالقيمة لا سبيل للبائع على العبد لانه بالقضاء بالقيمة تقرر ملك المشترى فى العبد ولزم من وقت وجوده فيعود اليه لازما والملك اللازم لا يحتمل الفسخ والله عز وجل أعلم وكذلك لورهنـه المشترى بطل حق الفسخ وولاية الاسترداد لما ذكرنا ولو افتكه المشترى فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى الكتابة ولوأجره صحت الاجارة لما قلنا ولكن لا يبطل حق الفسخ لان الاجارة وان كانت عقدا لازما الا انها تفسخ بالعذر ولا عـذر أقوى من رفع الفساد فتنفسخ به وسلمت الاجرة للمشترى لان المنافع على أصل أصحابنا لا تتقوم الا بالعقد والعقد وجد من المشترى فكانت الاجرة له وهـل تطيب له ينظر ان كان قـد أدى ضمان القيمـة ثم آجر طابت الاجرة له لان الضمان بدل المضمون قائم مقامـه فكانت الاجرة ربح ماقد ضمن وان آجر ثم أدى الضمان لا تطيب له لانها ربح مالم يضمن ولو أوصى به صحت الوصية لما قلنا ثم ان كان الموصى حيا بعد فللبائع حق الاسترداد لان الوصية تصرف غير لازم حال حياة الموصى بل محتمـل وان مات بطل حقه لان الثابت للموصى له ملك جـديد بخـلاف الثابت للوارث بأن مات المشترى شراء فاسـدا الا انه لا يبطل حق الفسخ وللبائع أن يسـترده من ورثته وكذا اذا مات البائع فلو رثته ولاية الاسـترداد لان الثابت للوارث عـين ما كان للمورث وانما هوخلفـه قائم مقامه ولهـذا يرد الوارث بالعيب و يرد عليـه وملك المورث مضمون الرد مستحق الفسخ بخـلاف الموصى له فان الثابت ملك جـديد حصـل بسبب جـديد ولهـذا لم يرد بالعيب ولا يرد عليـه وأنه لم يكن مستحق الفسخ ولو ازداد المبيع فى يد المشـترى فان كانت الزيادة متصـلة متولدة من الاصـل كالسمن والجـال فانها لا تمنع الفسخ لان هـذه الزيادة تابعة للاصـل حقيقة والاصـل مضمون الرد فكذلك التبع كما فى الغصب وان كانت غـير متولدة من الاصـل كما اذا كان المبيع سويقا فلته المشـترى بعسـل أوسمن فانها تمنع الفسخ لانه لو فسخ اما ان يفسخ على الاصـل وحـده واما ان يفسخ على الاصل والزيادة جميعا لا سبيل الى الاول لتعذر الفصل ولا سبيل الى الثانى لان الزيادة لم تدخـل تحت البيع لا أصـلا ولا تبعا فلا تدخل تحت الفسخ وان كانت منفصلة فان كانت متولدة من الاصـل كالولد واللبن والثمرة لا تمنع الفسخ وللبائع أن يسترد الاصـل مع الزيادة لان هذه الزيادة تابعة للاصل لكونها متولدة منه والاصل مضمون الرد فكذا الزيادة كما فى باب الغصب وكذا لو كانت الزيادة أرشا أوعقرا لان الارش بدل جزء فائت من الاصل حقيقة كالمتولد من الاصل والعقر بدل ماله حكم الجزء والعين فكأنه متولد من العين ثم فى فصل الولد اذا كانت الجارية فى يد المشترى فان نقصتها الولادة و بالولد وفاء بالنقصان ينجبر النقصان بالولد عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر كما فى الغصب وسنذكر المسئلة فى كتاب الغصب ان شاء الله تعالى وان لم تنقصها الولادة اسـتردها البائع ولا شئ على البائع وان نقصتها وليس بالولد وفاء بالنقصان ردهامع ضمان النقصان كما فى الغصب وان هلك الولد قبـل الرد لا ضمان على المشـترى بالزيادة كما فى الغصب وعليه ضمان نقصان الولادة كما فى الغصب ولو استهلك المشـترى الزيادة ضمن كما فى الغصب ولو هلك المبيع والزيادة قائمة فللبائع أن يسترد الزيادة و يضمن قيمـة المبيع وقت القبض لانهما كانا مضمونى الرد الا انه تعذر اسـترداد المبيع لفوات المحل وصار مضمون القيمة فبقى الولد على حاله مضمون

الرد

الرد كما كان وان كانت الزيادة غير متولدة من الاصل كالهبة والصدقة والكسب فانها لاتمنع الرد وللبائع أن يسترد الاصل مع الزيادة لان الاصل مضمون الرد وبالرد ينفسخ العقد من الاصل فتبين ان الزيادة حصلت على ملكه الا انها لاتطيب له لانها لم تحدث فى ضمانه بل فى ضمان المشترى فكانت فى معنى ربح مالم يضمن ولو هلكت هذه الزيادة فى يد المشترى لا ضمان عليه لان المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض والقبض لم يرد على الزيادة لا أصلا ولا تبعاً اما أصلا فلا نعدامها عند القبض واما تبعاً فلانها ليست بتابعة حقيقة بل هى أصل بنفسها ملكت بسبب على حدة لا بسبب الاصل وان استهلكها المشترى فكذلك عند أبى حنيفة لا ضمان عليه وعندهما يضمن وأصل المسئلة فى الغصب انه اذا استهلك الغاصب هذه الزيادة هل يضمن عنده لا يضمن وعندهما يضمن ونذكر المسئلة فى كتاب الغصب ان شاء الله تعالى ولو هلك المبيع وهذه الزيادة قائمة فى يد المشترى تقرر عليه ضمان قيمة المبيع والزيادة للمشترى تقرر ضمان القيمة بخلاف المتولد كما فى الغصب والفرق بين الزيادتين يذكر فى الغصب ان شاء الله تعالى هذا اذا زاد المبيع فى يد المشترى شراء فاسداً (فاما) اذا انتقص فى يده فان كان النقصان بآفة سماوية فانه لا يمنع الاسترداد وللبائع أن يأخذه مع أرش النقصان لان المبيع بيعاً فاسداً يضمن بالقبض كالمغصوب والقبض ورد عليه بجميع اجزائه فصار مضموناً بجميع اجزائه والاوصاف تضمن بالقبض وان كانت لا تضمن بالعقد كما فى قبض المغصوب وكذلك اذا كان النقصان بفعل المبيع لان هذا والنقصان بآفة سماوية سواء وان كان النقصان بفعل المشترى فكذلك لانه لو انتقص بغير صنعه كان مضموناً عليه فبصنعه أولى وان كان بفعل أجنبى فالبائع بالخيار ان شاء أخذ الارش من المشترى والمشترى يرجع به على الجانى وان شاء اتبع الجانى وهو لا يرجع على المشترى كما فى الغصب لانه لما أخذ قيمة النقصان من المشترى فقد تقرر ملكه فى ذلك الجزء من وقت البيع فيه فتبين ان الجناية حصلت على ملك متقرر له فيرجع عليه والاجنبى لم يملك فلا يرجع ولو قتله أجنبى فللبائع أن يضمن المشترى قيمته حالة القبض ولا سبيل له على القاتل ويرجع المشترى على عاقلة القاتل بقيمته فى ثلاث سنين فرق ههنا بين البيع وبين الغصب فانه لو قتل المغصوب فى يد الغاصب قاتل فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته حالة الغصب والغاصب يرجع على عاقلة القاتل فى ثلاث سنين وان شاء ضمن عاقلة القاتل قيمته فى ثلاث سنين وهم لا يرجعون على الغاصب (ووجه) الفرق ان الاجنبى جنى على ملك المشترى لانه ملك المبيع بالقبض وتقرر ملكه فيه بالجناية لا على ملك البائع فلا يملك البائع تضمينه بخلاف الغصب فان الغاصب لا يملك المغصوب الا بتضمين المغصوب منه اياه فقبله لا ملك له فيه فكان القتل جناية على ملك المالك والقبض جناية على ملكه أيضاً فكان له خيار التضمين وان كان النقصان بفعل البائع لا شئ على المشترى لانه صار مسترداً بفعله حتى انه لو هلك المبيع فى يد المشترى ولم يوجد منه حبس على البائع يهلك على البائع وان وجد منه حبس ثم هلك ينظر ان هلك من سراية جناية البائع لا ضمان على المشترى أيضاً لانه صار مسترداً بفعله وان هلك لا من سراية جناية البائع فعلى المشترى ضمانه لكن يطرح منه حصة النقصان بالجناية لانه استرد ذلك القدر بجنايته ولو قتله البائع لا ضمان على المشترى لانه استرده بالقتل وكذلك لو حفر البائع بئراً فوقع فيه ومات لان ذلك فى معنى القتل فيصير مسترداً والله عز وجل أعلم ولو كان المبيع ثوباً فقطعه المشترى وخاطه قميصاً أو بطنه وحشاه بطل حق الفسخ وتقرر عليه قيمته يوم القبض والاصل فى هذا ان المشترى اذا أحدث فى المبيع صنعاً لو أحدثه الغاصب فى المغصوب لا يقطع حق المالك يبطل حق الفسخ ويتقرر حقه فى ضمان القيمة أو المثل كما اذا كان المبيع قطناً فغزله أو غزلاً فنسجه أو حنطة فطحنها أو سمسماً أو عنباً فعصره أو ساحة فبنى عليها أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها ونحو ذلك وانما كان كذلك لان القبض فى البيع الفاسد كقبض الغصب ألا ترى ان كل واحد منهما مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة أو المثل حال هلاكه فكل ما يوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انقطاع حق البيع للبائع ههنا ولو كان المبيع ثوباً فصبغه المشترى بصبغ يزيد من الاحمر والاصفر ونحوهما ذكر

الكرخي انه ينقطع حق البائع عنه الى القيمة وروى عن محمد ان البائع بالخيار ان شاء أخذه وأعطاه مازاد الصبغ فيه وان شاء ضمنه قيمته وهو الصحيح لان القبض بحكم البيع الفاسد كقبض الغصب ثم الجواب في الغصب هكذا ان المالك بالخيار ان شاء أخذ الثوب وأعطى الغاصب مازاد الصبغ فيه وان شاء ضمنه قيمته فكذا هذا والله عز وجل أعلم ولو كان المبيع أرضا فبنى عليها بطل حق الفسخ عند أبي حنيفة وعلى المشترى ضمان قيمتها وقت القبض وعندهما لا يبطل وينقض البناء (وجه) قولهما ان هذا القبض معتبر بقبض الغصب ثم هناك ينقض البناء فكذا ههنا ولان البناء ينقض بحق الشفيع بالاجماع وحق البائع فوق حق الشفيع بدليل ان الشفيع لا يأخذ الا بقضاء والبائع يأخذ من غير قضاء ولا رضا فلما نقض لحق الشفيع فلحق البائع أولى (وجه) قول أبي حنيفة انه لو ثبت للبائع حق الاسترداد لكان لا يخلو اما أن يسترده مع البناء أو بدون البناء لا سبيل الى الثاني لانه لا يمكن ولا سبيل الى الاول لان البناء من المشترى تصرف حصل بتسليط البائع وانه يمنع النقض كتصرف البيع والهبة ونحو ذلك بخلاف الغصب والشفعة لان هناك لم يوجد التسليط على البناء وكذا لا يمنعان نقض البيع والهبة (ومنها) ان الثابت بالبيع الفاسد ملك مضمون بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى بخلاف البيع الصحيح لان القيمة هي الموجب الاصلي في البياعات لانها مثل المبيع في المالية الا انه يعدل عنها الى المسمى اذا صحت التسمية فاذا لم تصح وجب المصير الى الموجب الاصلي خصوصا اذا كان الفساد من قبل المسمى لان التسمية اذا لم تصح لم يثبت المسمى فصار كأنه باع وسكت عن ذكر الثمن ولو كان كذلك كان بيعا بقيمة المبيع لان البيع مبادلة بالمال فاذا لم يذكر البدل صريحا صارت القيمة أو المثل مذكورا دلالة فكان بيعا بقيمة المبيع أو بمثله ان كان من قبيل الامثال (ومنها) ان هذا الملك يفيد المشترى انطلاق تصرف ليس فيه انتفاع بعين المملوك بلا خلاف بين أصحابنا كالبيع والهبة والصدقة والاعتاق والتدبير والكتابة والرهن والاجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع (وأما) التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية فالصحيح انه لا يحل لان الثابت بهذا البيع ملك خبيث والملك الخبيث لا يفيد اطلاق الانتفاع لانه واجب الرفع وفي الانتفاع به تقرر له وفيه تقرير الفساد ولهذا لم يفد الملك قبل القبض تحرزا عن تقرير الفساد بالتسليم على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ولو كان المشترى دارا لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة وان كان يفيد الملك للمشترى لان حق البائع لم ينقطع والشفعة انما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشترى ألا ترى ان من أقر ببيع داره من فلان وفلان منكر تثبت الشفعة وان لم يثبت الملك للمشترى لانقطاع حق البائع باقراره وههنا حق البائع غير منقطع فلا تثبت الشفعة حتى لو وجد ما يوجب انقطاع حقه تجب الشفعة ولو بيعت دار بجنب الدار المشتراة شراء فاسدا تثبت الشفعة لان هذا الشراء صحيح فيوجب انقطاع حق البائع فيثبت حق الشفعة والله عز وجل أعلم ولو وطئ الجارية المشتراة شراء فاسدا فان لم يعلقها فلا عقر عليه قبل الفسخ وان فسخ العقد فعليه العقر وان أعلقها وضمن قيمة الجارية ففي وجوب العقر روايتان على ما ذكرنا (وأما) شرائطه فاثنان أحدهما القبض فلا يثبت الملك قبل القبض لانه واجب الفسخ رفعا للفساد وفي وجوب الملك قبل القبض تقرر الفساد لانه اذا ثبت الملك قبل القبض يجب على البائع تسليمه الى المشترى وفي التسليم تقرير الفساد وايجاب رفع الفساد على وجه فيه رفع الفساد متناقض والثاني أن يكون القبض باذن البائع فان قبض بغير اذنه أصلا لا يثبت الملك بأن نهاه عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير اذنه فان لم ينهه ولا اذن له في القبض صريحا فقبضه بحضرة البائع ذكر في الزيادات انه يثبت الملك وذكر الكرخي في الرواية المشهورة انه لا يثبت (وجه) رواية الزيادات انه اذا قبضه بحضرته ولم ينهه كان ذلك اذنا منه بالقبض دلالة مع ما ان العقد الثابت دلالة الاذن بالقبض لانه تسليط له على القبض فكأنه دليل الاذن بالقبض والاذن بالقبض قد يكون صريحا وقد يكون دلالة كما في باب الهبة اذا قبض الموهوب له بحضرة الواهب فلم ينهه صح قبضه كذا ههنا

(وجه) الرواية المشهورة ان الاذن بالقبض لم يوجد نصاً ولا سبيل الى اثباته بطريق الدلالة لما ذكرنا ان فى القبض تقرير الفساد فكان الاذن بالقبض اذناً بما فيه تقرير الفساد فلا يمكن اثباته بطريق الدلالة وبه تبين ان العقد الفاسد لا يقع تسليطاً على القبض لوجود المانع من القبض على ما بينا بخلاف الهبة لان هناك لا مانع من القبض فامكن اثباته بطريق الدلالة مادام المجلس قائما وانما شرط المجلس لان القبض فى الهبة بمنزلة الركن فيشترط له المجلس كما يشترط للقبول والله عز وجل أعلم (وأما) البيع الباطل فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من الاهلية والمحلية وغيرهما وقد ذكرنا جملة ذلك فى صدر الكتاب ولا حكم لهذا البيع أصلا لان الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع الا من حيث الصورة لان التصرف الشرعى لا وجود له بدون الاهلية والمحلية شرعا كما لا وجود للتصرف الحقيقى الا من الاهل فى المحل حقيقة وذلك نحو بيع الميتة والدم والعذرة والبول وبيع الملاقيح والمضامين وكل ماليس بمال وكذا بيع صيد الحرم والاحرام لانه بمنزلة الميتة وكذا بيع الحر لانه ليس بمال وكذا بيع أم الولد والمدبر والمكاتب والمستسعى لان أم الولد حرة من وجه وكذا المدبر فلم يكن مالا مطلقاً والمكاتب حر يداً فلم يكن مالا على الاطلاق والمستسعى عند أبى حنيفة بمنزلة المكاتب وعندهما حر عليه دين وكذا بيع الخنزير من المسلم لانه ليس بمال فى حق المسلم وكذا بيع الخمر لانها ليست بمتقومة فى حق المسلم لان الشرع أسقط تقومها فى حق المسلمين حيث أهانها عليهم فيبطل ولا ينعقد لانه لو انعقد اما أن ينعقد بالمسمى واما أن ينعقد بالقيمة لا سبيل الى الاول لان التسمية لم تصح ولا سبيل الى الثانى لانه لا قيمة له اذ التقويم ينبئ عن العزة والشرع أهان المسمى على المسلم فكيف ينعقد بقيمته ولا قيمة له واذا لم ينعقد يبطل ضرورة ومن مشايخنا من فصل فى بيع الخمر تفصيلا فقال ان كان الثمن ديناً بأن باعها بدراهم فالبيع باطل وان كان عيناً بأن باعها بثوب ونحوه فالبيع فاسد فى حق الثوب وينعقد بقيمة الثوب لان مقصود العاقدين ليس هو تملك الخمر وتمليكها لانها لا تصلح للتملك والتمليك فى حق المسلم مقصود بل تمليك الثوب وتملكه لان الثوب يصلح مقصوداً بالتملك والتمليك فالتسمية ان لم تظهر فى حق الخمر تظهر فى حق الثوب ولا مقابل له فيصير كان المشترى باع الثوب ولم يذكر الثمن فينعقد بقيمته بخلاف ما اذا كان الثمن ديناً لان الثمن يكون فى الذمة وما فى الذمة لا يكون مقصوداً بنفسه بل يكون وسيلة الى المقصود فتصير الخمر مقصودة بالتمليك والتملك فيبطل أصلا (وأما) بيع الخمر والخنزير فلا يبطل بل يفسد وينعقد بقيمة العبد لان العبد مال متقوم وكذا الخمر والخنزير فى حق أهل الذمة والخمر مال فى حقنا الا انه لا قيمة لها شرعا فاذا جعل الخمر والخنزير ثمناً فقد ذكر ما هو مال وكون الثمن مالا فى الجملة أو مرغوبا فيه عند الناس بحيث لا يؤخذ مجانا بلا عوض يكفى لانعقاد العقد لان البيع مبادلة المال بالمال أو مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب الا ان كون المعقود عليه متقوما شرط الانعقاد وقد وجد وكذا بيع العبد والمدبر وأم الولد والمكاتب والمستسعى لان هذه الاموال فى الجملة مرغوب فيها فينعقد العقد بقيمة العبد وكذا بيع العبد بما يرعى ابله من أرضه من الكلا أو بما يشرب من ماء بئره لان المذكور ثمنا مال متقوم الا انه مباح غير مملوك وكذا هو مجهول أيضاً فانعقد بوصف الفساد بقيمة المبيع واختلف مشايخنا فى بيع العبد بالميتة والدم قال عامتهم يبطل وقال بعضهم يفسد والصحيح انه يبطل لان المسمى ثمنا ليس بمال أصلا وكون الثمن مالا فى الجملة شرط الانعقاد وكذا اختلفوا فيما اذا قال بعت بغير ثمن قال بعضهم يبطل واليه ذهب الكرخى من أصحابنا وقال بعضهم يفسد ولا يبطل كما اذا باع وسكت عن ذكر الثمن وقد ذكرنا وجه كل واحد من القولين فيما تقدم ثم اذا باع مالا بما ليس بمال حتى بطل البيع فقبض المشترى المال باذن البائع هل يكون مضمونا عليه أو يكون أمانة اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يكون أمانة لانه مال قبضه باذن صاحبه فى عقد وجد صورة لا معنى فالتحق العقد بالعدم وبقى اذنه بالقبض وقال بعضهم يكون مضمونا عليه لان المقبوض على حكم هذا البيع لا يكون دون المقبوض على سوم الشراء وذلك مضمون فهذا أولى (وأما) البيع الموقوف فهو بيع مال الغير بغير اذن صاحبه وهو المسمى ببيع الفضولى ولا حكم له يعرف للحال لاحتمال

الاجازة والرد من المالك فيتوقف في الجواب في الحال لا ان يكون التوقف حكماً شرعياً وقد ذكرنا حكم تصرفات الفضولي ما يبطل منها وما يتوقف فيما تقدم والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يرفع حكم البيع فنقول و بالله التوفيق حكم البيع نوعان نوع يرتفع بالفسخ وهو الذي يقوم برفعه أحد العاقدين وهو حكم كل بيع غير لازم كالبيع الذي فيه أحد الخيارات الاربع والبيع الفاسد ونوع لا يرتفع الا بالاقالة وهو حكم كل بيع لازم وهو البيع الصحيح الخالي عن الخيار والكلام في الاقالة في مواضع في بيان ركن الاقالة وفي بيان ماهية الاقالة وفي بيان شرائط صحة الاقالة وفي بيان حكم الاقالة (أما) ركنها فهو الايجاب من أحد العاقدين والقبول من الآخر فاذا وجد الايجاب من أحدهما والقبول من الآخر بلفظ يدل عليه فقد تم الركن لكن الكلام في صيغة اللفظ الذي ينعقد به الركن فنقول لا خلاف انه ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي بان يقول أحدهما أقلت والآخر قبلت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك وهل ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي و بالآخر عن المستقبل بان قال أحدهما لصاحبه أقلني فيقول أقلتك أو قال له جئتك لتقيلني فقال أقلت فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله ينعقد كما في النكاح وقال محمد رحمه الله لا ينعقد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي كما في البيع (وجه) قوله ان ركن الاقالة هو الايجاب والقبول كركن البيع ثم ركن البيع لا ينعقد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي فكذا ركن الاقالة ولهما الفرق بين الاقالة و بين البيع وهو ان لفظة الاستقبال للمساومة حقيقة والمساومة في البيع معتاد فكانت اللفظة محمولة على حقيقتها فلم تقع ايجابا بخلاف الاقالة لان هناك لا يمكن حمل اللفظ على حقيقتها لان المساومة فيها ليست بمعتادة فيحمل على الايجاب ولهذا حملناها على الايجاب في النكاح كذا هذا (وأما) بيان ماهية الاقالة وعملها فقد اختلف أصحابنا في ماهيتها قال أبو حنيفة عليه الرحمة الاقالة فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق ثالث سواء كان قبل القبض أو بعده و روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنها فسخ قبل القبض بيع بعده وقال أبو يوسف انها بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما الا أن لا يمكن أن تجعل بيعا فتجعل فسخاً وقال محمد انها فسخ الا أن لا يمكن أن تجعل فسخاً فتجعل بيعاً للضرورة وقال زفر انها فسخ في حق الناس كافة (وجه) قول زفر ان الاقالة في اللغة عبارة عن الرفع يقال في الدعاء اللهم أقلني عثراتي أي ارفعها وفي الحديث من اقال نادما أقال الله عثراته يوم القيامة وعن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم الا في حد والاصل أن معنى التصرف شرعا ما ينبئ عنه اللفظ لغة ورفع العقد فسخه ولان البيع والاقالة اختلفا اسما فيختلفان حكما هذا هو الاصل فاذا كانت رفعا لا تكون بيعا لان البيع اثبات والرفع نفي و بينهما تناف فكانت الاقالة على هذا التقدير فسخا محضا فتظهر في حق كافة الناس (وجه) قول محمد ان الاصل فيها الفسخ كما قال زفر الا انه اذا لم يمكن ان تجعل فسخا فتجعل بيعا ضرورة (وجه) قول أبي يوسف ان معنى البيع هو مبادلة المال بالمال وهو أخذ بدل واعطاء بدل وقد وجد فكانت الاقالة بيعا لوجود معنى البيع فيها والعبرة للمعنى لا للصورة ولهذا اعطى حكم البيع في كثير من الاحكام على ما نذكر وكذا اعتبر بيعا في حق الثالث عند أبي حنيفة (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله في تقرير معنى الفسخ ما ذكرناه لزفر انه رفع لغة وشرعا ورفع الشئ فسخه وأما تقرير معنى البيع فيه فما ذكرنا لابي يوسف ان كل واحد يأخذ رأس ماله ببدل وهذا معنى البيع الا انه لا يمكن اظهار معنى البيع في الفسخ في حق العاقدين للتنافي فاظهرناه في حق الثالث فجعل فسخاً في حقهما بيعاً في حق ثالث وهذا ليس بممتنع الاترى انه لا يمتنع أن يجعل الفعل الواحد من شخص واحد طاعة من وجه ومعصية من وجه فمن شخصين أولى والدليل عليه أنها لا تصح من غير تسمية ولا صحة للبيع من غير تسمية الثمن وثمرة هذا الاختلاف اذا تقايلا ولم يسميا الثمن الاول أو سميا زيادة على الثمن الاول أو أنقص من الثمن الاول أو سميا جنساً آخر سوى الجنس الاول قل أو كثر أو أجلا الثمن الاول فالاقالة على الثمن الاول في قول أبي حنيفة رحمه الله وتسمية الزيادة والنقصان والاجل والجنس الآخر باطلة سواء كانت الاقالة قبل القبض أو بعدها والمبيع منقول أو غير منقول

لانها فسخ فی حق العاقدین والفسخ رفع العقد والعقد وقع بالثمن الاول فیكون فسخه بالثمن الاول ضرورة لانه فسخ ذلك العقد وحكم الفسخ لا یختلف بین ماقبل القبض و بین ما بعده و بین المنقول وغیر المنقول وتبطل تسمیة الزیادة والنقصان والجنس الآخر والاجل وتبقی الاقالة صحیحة لان اطلاق تسمیة هذه الاشیاء لا یؤثر فی الاقالة لان الاقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة و بخلاف البیع لان الشرط الفاسد انما یؤثر فی البیع لانه یمكن الربا فیه والاقالة رفع البیع فلا یتصور تمكن الربا فیه فهو الفرق بینهما وفی قول أبی یوسف ان كان بعد القبض فالاقالة علی ماسمیا لانها بیع جدید كانه باعه فیه ابتداء وان كان قبل القبض والمبیع عقارا فكذلك لانه یمكن جعله بیعا لان بیع العقار قبل القبض جائز عنده وان كان منقولا فالاقالة فسخ لانه لا یمكن جعلها بیعا لان بیع المبیع المنقول قبل القبض لا یجوز وروی عن أبی یوسف ان الاقالة بیع علی كل حال فكل مالا یجوز بیعه لا تجوز اقالته فعلی هذه الروایة لا تجوز الاقالة عنده فی المنقول قبل القبض لانه لا یجوز بیعه وعند محمد ان كان قبل القبض فالاقالة تكون علی الثمن الاول وتبطل تسمیة الزیادة علی الثمن الاول والجنس الآخر والنقصان والاجل یكون فسخاً كما قاله أبوحنیفة رحمه الله لانه لا یمكن جعلها قبل القبض بیعاً لكن بیع المبیع قبل القبض لا یجوز عنده منقولا كان أو عقاراً وان كان بعد القبض فان تقایلا من غیر تسمیة الثمن أصلا أو سمیا الثمن الاول من غیر زیادة ولا نقصان أو نقصاً عن الثمن الاول فالاقالة علی الثمن الاول وتبطل تسمیة النقصان وتكون فسخاً أیضاً كما قل أبوحنیفة رحمه الله أنها فسخ فی الاصل ولا مانع من جعلها فسخاً فتجعل فسخاً وان تقایلا عن الزیادة أو علی الثمن الاول أو علی جنس آخر سوی جنس الثمن الاول قل او كثر فالاقالة علی ماسمیا و یكون بیعاً عنده لانه لا یمكن جعلها فسخاً ههنا لان من شأن الفسخ أن یكون بالثمن الاول واذا لم یمكن جعلها فسخاً تجعل بیعاً بما سمیا بخلاف ما اذا تقایلا علی أنقص من الثمن الاول أن الاقالة تكون بالثمن الاول عنده وتجعل فسخاً ولا تجعل بیعاً عنده لان هذا سكوت عن نقص الثمن وذلك نقص الثمن والسكوت عن النقص لا یكون أعلی من السكوت عن الثمن الاول وهناك یجعل فسخاً لا بیعاً فههنا أولی والله عز وجل أعلم وعلی هذا یخرج ما اذا كان المشتری داراً ولها شفیع فقضی له بالشفعة ثم طلب منه المشتری أن یسلم الشفعة بزیادة علی الثمن الاول أو بجنس آخر أن الزیادة باطلة وكذا تسمیة الجنس الآخر عند أبی حنیفة ومحمد وزفر رحمهم الله لانه لما قضی للشفیع بالشفعة فقد انتقلت الصفقة الیه بالثمن الاول فالتسلیم بالزیادة علی الثمن الاول أو بجنس آخر یكون اقالة علی الزیادة علی الثمن الاول أو علی جنس آخر فتبطل التسمیة و یصح التسلیم بالثمن الاول عندهما وانما اتفق جوابهما ههنا علی أصل محمد لانه لا یری جواز بیع المبیع العقار قبل القبض فیبقی فسخاً علی الاصل وعند أبی یوسف الزیادة صحیحة وكذا تسمیة جنس آخر لان الاقالة عنده بیع ولا مانع من جعلها بیعاً فتبقی بیعاً علی الاصل ولو تقایلا البیع فی المنقول ثم ان البائع باعه من المشتری ثانیا قبل أن یسترده من یده یجوز البیع وهذا یطرد علی أصل أبی حنیفة ومحمد وزفر أما علی أصل زفر فلان الاقالة فسخ مطلق فی حق الكل وعلی أصل أبی حنیفة فسخ فی حق العاقدین والمشتری أحد المتعاقدین وعلی أصل محمد فسخ عند عدم المانع من جعله فسخاً ولا مانع ههنا من جعله فسخاً بل وجد المانع من جعله بیعاً لان بیع المبیع المنقول قبل القبض لا یجوز فكانت الاقالة فسخاً عندهم فلم یكن هذا بیع المبیع المنقول قبل القبض فجاز وأما علی أصل أبی یوسف فلا یطرد لان الاقالة عنده بعد القبض بیع مطلق و بیع المبیع المنقول قبل القبض لا یجوز بلا خلاف بین أصحابنا فكان هذا الفصل حجة علیه الا أن یثبت عنه الخلاف فیه ولو باعه من غیر المشتری لا یجوز وهذا علی أصل أبی حنیفة وأبی یوسف یطرد أما علی أصل أبی یوسف فلان الاقالة بعد القبض بیع جدید فی حق العاقدین وغیرهما الا لمانع ولا مانع من جعلها بیعاً ههنا لانا لو جعلناها بیعاً لا تفسد الاقالة لانها حصلت بعد القبض فتجعل بیعاً فكان هذا بیع المنقول قبل القبض فلم یجز وأما علی أصل أبی حنیفة فهی وان كانت فسخاً لكن فی حق العاقدین وأما فی حق غیرهما فهی بیع والمشتری غیرهما فكان بیعاً فی بیعه فیكون بیع

المبيع المنقول قبل القبض وأما على أصل محمد وزفر فلا يطرد لانها عند زفر فسخ فى حق العاقدين وغيرهما وعند محمد الاصل فيها الفسخ الا لمانع ولم يوجد المانع فبقى فسخاً فى حق الكل ولم يكن هذا بيع المنقول قبل القبض فينبغى أن يجوزوان كان المبيع غير منقول والمسئلة بحالها جاز بيعه من غير المشترى أيضاً على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف وكذا على قياس اصل محمد لان على أصله الاقالة بيع فى حق الكل الا أن لا يمكن وههنا يمكن لما قلنا وعلى أصل أبى حنيفة بيع فى حق غير العاقدين فكان هذا بيع المبيع العقار قبل القبض وأنه جائز عندهما وعلى أصل محمد فسخ الا عند التعذر ولا تعذر ههنا لانها حصلت بعد القبض على الثمن الاول فبقيت فسخاً فلم يكن هذا بيع المبيع قبل القبض بل بيع المفسوخ فيه البيع قبل القبض وهذا جائز عنده منقولا كان أو غير منقول وعند زفر هو فسخ على الاطلاق فلم يكن بيعه بيع المبيع المنقول قبل القبض فيجوز وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى دارا ولها شفيع فسلم الشفعة ثم تقايلا البيع أو اشتراها ولم يكن بجنبها دار ثم بنيت بجنبها دار ثم تقايلا البيع فان الشفيع يأخذها بالشفعة عند أبى حنيفة وأبى يوسف لان الاقالة بيع جديد فى حق الكل على أصل أبى يوسف ولا مانع من جعلها بيعاً وعلى أصل أبى حنيفة بيع فى حق غير العاقدين والشفيع غيرهما فيكون بيعاً فى حقه فيستحق وأما على قياس أصل محمد وزفر لا يثبت حق الشفعة لانها فسخ مطلق على اصل زفر وعلى أصل محمد فسخ ما امكن وههنا ممكن والشفعة تتعلق بالبيع لا بالفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية ونحو ذلك ولو تقايلا ثم وهب البائع المبيع من المشترى قبل الاسترداد وقبل المشترى جازت الهبة وملكه المشترى ولا تنفسخ الاقالة ولو كان هذا فى البيع لا تجوز الهبة وينفسخ البيع بان وهب المشترى المبيع قبل القبض من البائع وقبله البائع وهذا يشكل على أصل أبى يوسف لانه أجرى الاقالة بعد القبض مجرى البيع ولو كانت كذلك لما جازت الهبة ولكانت فسخاً للاقالة كما كانت فسخاً للبيع ثم الفرق على أصل من يجعلها فسخاً ظاهر لان الفسخ لا يحتمل الفسخ فلا يمكن جعل الهبة مجازاً عن الاقالة فلا تنفسخ الاقالة بخلاف البيع فانه يحتمل الفسخ فأمكن جعل الهبة مجازاً عن اقالة البيع ولو كان المبيع مكيلا أو موزونا بيع مكايلة أو موازنة فتقايلا البيع فاسترده البائع من غير كيل أو وزن صح قبضه وهذا لا يطرد على أصل أبى يوسف لان الاقالة لو كانت بيعاً لما صح قبضه من غير كيل أو وزن كما فى البيع ولو تقايلا قبل قبض المبيع أو بعده ثم وجد البائع به عيباً كان عند بائعه ليس له أن يرده عليه وهذا على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف يطرد لان الاقالة على أصل أبى يوسف بيع فى حق الكل وعلى أصل أبى حنيفة بيع فى حق ثالث فكان بيعا فى حقه فيصير كانه اشتراه ثانيا أو ورثه من المشترى وعلى أصل محمد وزفر يشكل لان الاقالة فسخ على أصلهما فينبغى ان لا يمنع الرد ولو اشترى شيأ وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه من أجنبى ثم تقايلا وعاد المبيع الى المشترى ثم ان بائعه اشتراه باقل مما باعه بالثمن الاول قبل النقد يجوز وهذا على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف صحيح لان الاقالة على أصل أبى يوسف بيع فى حق العاقدين وغيرهما وعلى أصل أبى حنيفة بيع فى حق ثالث والبائع الاول ههنا ثالث فكانت الاقالة بيعا فى حقه كان المشترى الاول اشتراه ثانياً ثم باعه من بائعه باقل من الثمن الاول قبل النقد وذلك جائز كذا هذا وأما على أصل محمد وزفر فلا يطرد لانهما يجعلان الاقالة فسخاً فكانت اعادة الى قديم الملك فينبغى أن لا يجوز وأما شرائط صحة الاقالة (فمنها) رضا المتقايلين أما على أصل أبى يوسف فظاهر لانه بيع مطلق والرضا شرط صحة البياعات وأما على أصل أبى حنيفة ومحمد وزفر فلانها فسخ العقد والعقد لم ينعقد على الصحة الا بتراضيهما أيضا (ومنها) المجلس لما ذكرنا ان معنى البيع موجود فيها فيشترط لها المجلس كما يشترط للبيع (ومنها) تقابض بدلى الصرف فى اقالة الصرف وهذا على أصل أبى يوسف ظاهر وكذلك على اصل أبى حنيفة لان قبض البدلين انما وجب حقاً لله تعالى الا ترى أنه لا يسقط باسقاط العبد والاقالة على أصله وان كانت فسخاً فى حق العاقدين فهى بيع جديد فى حق ثالث فكان حق الشرع فى حكم ثالث فيجعل بيعا فى حقه (ومنها) أن يكون المبيع بمحل الفسخ بسائر أسباب

الفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية والعيب عند أبي حنيفة وزفر فان لم يكن بان ازداد زيادة تمنع الفسخ بهذه الاسباب لا تصح الاقالة عندهما وعند أبي يوسف ومحمد هذا ليس بشرط أما على أصل أبي حنيفة وزفر فظاهر لان الاقالة عندهما فسخ للعقد فلا بد وان يكون المحل محتملا للفسخ فاذا خرج عن احتمال الفسخ خرج عن احتمال الاقالة ضرورة (وأما) على أصل أبي يوسف فلانها بعد القبض بيع مطلق وهو بعد الزيادة محتمل للبيع فبقي محتملا للاقالة (وأما) على أصل محمد وان كانت فسخا لكن عند الامكان ولا امكان ههنا لانا لو جعلناها فسخا لم يصح ولو جعلناها بيعا لصحت فجعل بيعا لضرورة الصحة فلهذا اتفق جواب محمد مع جواب أبي يوسف في هذا الفصل (ومنها) قيام المبيع وقت الاقالة فان كان هالكا وقت الاقالة لم تصح فاما قيام الثمن وقت الاقالة فليس بشرط (ووجه) الفرق ان اقالة البيع رفعه فكان قيامها بالبيع وقيام البيع بالمبيع لا بالثمن لانه هو المعقود عليه على معنى ان العقد ورد عليه لا على الثمن لانه يرد على المعين والمعين هو المبيع لا الثمن لانه لا يحتمل التعيين وان عين لانه اسم لما في الذمة فلا يتصور ايراد العقد عليه دل ان قيام البيع بالمبيع لا بالثمن فاذا هلك لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه فلا يتصور الاقالة التي هي رفع حكم البيع في الحقيقة واذا هلك الثمن فمحل حكم البيع قائم فتصح الاقالة وعلى هذا يخرج ما اذا تبايعا عينا بدين كالدراهم والدنانير عينا أو لم يعينا والفلوس والمكيل والموزون والعدديات المتقاربة الموصوفة في الذمة ثم تقايلا أنهما ان تقايلا والعين قائمة في يد المشتري صحت الاقالة سواء كان الثمن قائما في يده أو هالكا لقيام حكم البيع بقيام المعقود عليه وان تقايلا بعد هلاك العين لم تصح وكذا ان كانت قائمة وقت الاقالة ثم هلكت قبل الرد على البائع بطلت الاقالة سواء كان الثمن قائما أو هالكا لان الاقالة فيها معنى البيع الا ترى أن بعد الاقالة وجب على كل واحد منهما رد ما في يده على صاحبه فكان هلاك البيع بعد الاقالة قبل القبض كهلاكه بعد البيع قبل القبض فانه يوجب بطلان البيع كذا هذا سواء بقي الثمن أو هلك لانه اذا لم يتعين فقيامه وهلاكه بمنزلة واحدة وكذا اذا كان المبيع عبدين وتقابضا ثم هلكا ثم تقايلا أنه لا تصح الاقالة لما ذكرنا أن المعقود عليه اذا هلك لم يبق محل الفسخ بالاقالة وكذا لو كان أحدهما هالكا وقت الاقالة والآخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد بطلت الاقالة لانه هلك المعقود عليه قبل القبض على ما بينا ولو تبايعا عينا بعين وتقابضا ثم هلكت احداهما في يد مشتريها ثم تقايلا صحت الاقالة وعلى مشتري الهالك قيمة الهالك ان لم يكن له مثل ومثله ان كان له مثل فيسلمه الى صاحبه ويسترد منه العين لان كل واحد منهما مبيع على حدة لقيام العقد في كل واحد منهما ثم خرج الهالك من أن يكون قيام العقد به فيقوم بالآخر واذا بقي المبيع بقي محل الفسخ فيصح أو نقول المبيع أحدهما والآخر ثمن اذ المبيع لا بد له من الثمن فاذا هلك أحدهما تعين الهالك للثمن والقائم للمبيع لما فيه من تصحيح العقد وفي القلب افساده فكان التصحيح أولى فبقي البيع ببقاء المبيع فاحتمل الاقالة وكذلك لو تقايلا والعينان قائمتان ثم هلك أحدهما بعد الاقالة قبل الرد لا تبطل الاقالة لان هلاك احداهما قبل الاقالة لما لم يمنع صحة الاقالة فهلاكها بعد الاقالة لا يمنع بقاءها على الصحة من طريق الاولى لان البقاء أسهل من الابتداء وهذا بخلاف بيع العرض بالعرض انه لا ينعقد باحد العرضين ابتداء واذا انعقد بهما ثم هلك أحدهما قبل القبض يبطل البيع لان البيع مبادلة المال بالمال فلا ينعقد باحد البدلين ويبطل بهلاك أحد العرضين قبل القبض لان كل واحد من العرضين مبيع وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع (فأما) الاقالة فرفع البيع فتستدعي بقاء حكم البيع وقد بقي ببقاء أحدهما وعلى هذا تخرج إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه انها جائزة سواء كان رأس المال دينا أو عينا وسواء كان قائما في يد المسلم اليه أو هالكا لان المبيع هو المسلم فيه وانه قائم وهذا لان المسلم فيه وان كان دينا حقيقة فله حكم العين حتى لا يجوز استبداله قبل القبض فكان كالمعقود عليه وانه قائم فوجد شرط صحة الاقالة واذا صحت فان كان رأس المال عين مال قائمة رده المسلم اليه بعينه وان كانت هالكة فان كان مما له مثل رد مثله وان كان مما لا مثل له رد قيمته وان كان دينا رد مثله قائما كان أو هالكا لانه لا يتعين بالتعيين

فهلا كه وقيامه سواء وكذلك لو كانت الاقالة بعد قبض المسلم فيه وانه قائم في يد رب السلم أنه تصح الاقالة ثمة لانها
صحت حال كونه دينا حقيقة فحال صيرورته عينا بالقبض أولى واذا صحت فعلى رب السلم رد عين
المقبوض لان المقبوض بعقد السلم كأنه عين ما ورد عليه العقد بدليل انه يجوز بيعه مرابحة على رأس
المال والمرابحة بيع ما اشتراه البائع بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح واذا كان المقبوض عين ما ورد
عليه العقد في التقدير والحكم وجب رد عينه في الاقالة ولو اشترى عبدا بنقرة أو بمصوغ
وتقابضا ثم هلك العبد في يد المشترى ثم تقايلا والفضة قائمة في يد البائع صحت الاقالة
لان كل واحد منهما مبيع لتعينه بالتعيين فكان معقودا عليه فيبقى البيع
ببقاء أحدهما وعلى البائع رد عين الفضة ويسترد من المشترى قيمة العبد
لكن ذهبا لا فضة لان الاقالة وردت على قيمة العبد فلو استرد قيمته
فضة والقيمة تختلف فتزداد أو تنقص فيؤدى الى الربا ولو
كان العبد قائما وقت الاقالة ثم هلك قبل الرد على البائع
فعلى البائع أن يرد الفضة ويسترد قيمة العبد ان شاء
ذهبا وان شاء فضة لان الاقالة ههنا وردت
على عين العبد ثم وجبت القيمة على
المشترى بدلا للعبد ولا
ربا بين العبد وقيمته
والله تعالى أعلم

﴿ تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس وأوله كتاب الكفالة ﴾



(الجزء الخامس من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

﴿ تمت ﴾

كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء السادس

الطبعة الثانية
١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية
بيروت . لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الكفالة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن الكفالة وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم الكفالة وفى بيان مايخرج به الكفيل عن الكفالة وفى بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) الركن فهو الايجاب والقبول الايجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الآخر وفى قوله الاول الركن هو الايجاب فحسب (فأما) القبول فليس بركن وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله لما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الانصار فقال هل على صاحبكم دين فقيل نعم درهمان اوديناران فامتنع من الصلاة عليها فقال سيدنا على أو أبو قتادة رضى الله عنهما هما على يارسول الله فصلى عليها ولم ينقل قبول الطالب ولان الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا لا تمليك ألا يرى انه يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والتمليك لا يحتمل ذلك ومعنى الضم والالتزام يتم بايجاب الكفيل فأشبه النذر والدليل عليه أن المريض اذا قال عند موته لورثته اضمنوا عنى ماعلى من الدين لغرمائى وهم غيب فضمنوا ذلك فهو جائز ويلزمهم وأى فرق بين المريض والصحيح ولهما أن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التمليك لما نذكر والتمليك لا يتم الا بالايجاب والقبول كالبيع والجواب عن مسئلة المريض نذكره من بعد ان شاء الله تعالى فاذا عرفت أن ركن الكفالة الايجاب والقبول فالايجاب من الكفيل أن يقول أنا كفيل أو ضمين أو زعيم أو غريم أو قبيل أو حميل أو لك على أو لك قبلى أو لك عندى (أما) لفظ الكفالة والضمان فصريحان وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة والغرامة بمعنى الضمان قال النبى عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم أى الكفيل ضامن وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضا يقال قبلت به أقبل قبالة وتقبلت به أى كفلت قال الله تعالى أو يأتى بالله والملائكة قبيلا أى كفيلا يكفلونى بما يقول والحميل بمعنى

المحمول

المحمول فعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول وانه ينبئ عن تحمل الضمان وقوله على كلمة ايجاب وكذا قوله الى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك دينا فالى وعلى وقوله قبلى ينبئ عن القبالة وهى الكفالة على ماذكرنا وقوله عندى وان كانت مطلقة للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة لان قوله عندى يحتمل اليد و يحتمل الذمة لانها كلمة قرب وحضرة وذلك يوجد فيهما جميعا فعند الاطلاق يحمل على اليد لانه أدنى وعند قرينة الدين يحمل على الذمة أى فى ذمتى لان الدين لا يحتمله الا الذمة (وأما) القبول من الطالب فهو أن يقول قبلت أو رضيت أو هويت أو ما يدل على هذا المعنى ثم ركن الكفالة فى الاصل لا يخلو عن أربعة أقسام اما أن يكون مطلقا أو مقيدا بوصف أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت فان كان مطلقا فلا شك فى جوازه اذا استجمع شرائط الجواز وهى ماذكر ان شاء الله تعالى غير انه ان كان الدين على الاصيل حالا كانت الكفالة حالة وان كان الدين عليه مؤجلا كانت الكفالة مؤجلة لان الكفالة بمضمون على الاصيل فتتقيد بصفة المضمون (وأما) المقيد فلا يخلو اما ان كان مقيدا بوصف التأجيل أو بوصف الحلول فان كانت الكفالة مؤجلة فان كان التأجيل الى وقت معلوم بأن كفل الى شهر أو سنة جاز ثم ان كان الدين على الاصيل مؤجلا الى أجل مثله يتأجل اليه فى حق الكفيل أيضا وان سمى الكفيل أجلا أزيد من ذلك أو أنقص جاز لان المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد منهما بتأخير حقه وان كان الدين عليه حالا جاز التأجيل الى الاجل المذكور ويكون ذلك تأجيلا فى حقهما جميعا فى ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد أنه يكون تأجيلا فى حق الكفيل خاصة (وجه) هذه الرواية ان الطالب خص الكفيل بالتأجيل فيخص به كما اذا كفل حالا أو مطلقا ثم أخر عنه بعد الكفالة (وجه) ظاهر الرواية ان التأجيل فى نفس العقد يجعل الاجل صفة للدين والدين واحد وهو على الاصيل فيصير مؤجلا عليه ضرورة بخلاف ما اذا كان بعد تمام العقد لان التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة وقد خص به الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل ولو كان الدين على الاصيل مؤجلا الى سنة فكفل به مؤجلا الى سنة أو مطلقا ثم مات الاصيل قبل تمام السنة يحل الدين فى ماله وهو على الكفيل الى أجله وكذا لو مات الكفيل دون الاصيل يحل الدين فى مال الكفيل وهو على الاصيل الى أجله لان المبطل للاجل وجد فى حق أحدهما دون الآخر وان كان التأجيل الى وقت مجهول فان كان يشبه آجال الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه فكفل الى هذه الاوقات جاز عند أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز (وجهه) قوله ان هذا عقد الى أجل مجهول فلا يصح كالبيع (ولنا) أن هذا ليس بجهالة فاحشة فتحملها الكفالة وهذا لان الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة بالتقديم والتأخير وجهالة التقديم والتأخير لا تفضى الى المنازعة فى باب الكفالة لانه يسامح فى أخذ العقد ما لا يسامح فى غيره لامكان استيفاء الحق من جهة الاصيل بخلاف البيع ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة الى هذه الآجال متعارفة ولو كانت الكفالة حالة فاخر الى هذه الاوقات جاز أيضا لما ذكرنا وان كان لا يشبه آجال الناس كمجيء المطر وهبوب الريح فالاجل باطل والكفالة صحيحة لان هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة فلم يصح التأجيل فبطل و بقيت الكفالة صحيحة وكذا لو كان على رجل دين فأجله الطالب الى هذه الاوقات جاز وان كان ثمن مبيع ولا يوجب ذلك فساد البيع لان تأجيل الدين ابتداء بمنزلة التأخير فى الكفالة وذا لا يؤثر فى البيع فكذا هذا هذا اذا كانت الكفالة مؤجلة فأما اذا كانت حالة فان شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز سواء كان الدين على الاصيل حالا أو مؤجلا لما ذكرنا أن المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتأجيل ولو كفل حالا ثم أجله الطالب بعد ذلك يتأخر فى حق الكفيل اذا قبل التأخير دون الاصل بخلاف ما اذا كان التأجيل فى العقد لما ذكرنا من الفرق ولو كان الدين على الاصل حالا فأخره الطالب الى مدة وقبله المطلوب جاز التأخير و يكون تأخيرا فى حق الكفيل هذا اذا كانت الكفالة مقيدة بوصف فأما اذا كانت معلقة بشرط فان كان المذكور شرطا سببا لظهور

الحق أولوجوبه أو وسيلة الى الاداء فى الجملة جاز بان قال ان استحق المبيع فأنا كفيل لان استحقاق المبيع سبب لظهور الحق وكذا اذا قال اذا قدم زيد فأنا كفيل لان قدومه وسيلة الى الاداء فى الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه أو يكون مضاربة فان لم يكن سببا لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة الى الاداء فى الجملة لا يجوز بأن قال اذا جاء المطر أوهبت الريح أوان دخل زيد الدار فأنا كفيل لان الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكرنا والاصل أن لا يجوز تعليقها بالشرط الا شرطا الحق به تعلق بالظهور أو التوسل اليه فى الجملة فيكون ملائما للعقد فيجوز ولان الكفالة جوازها بالعرف والعرف فى مثل هذا الشرط دون غيره ولو قال ان قتلك فلان أوان شجك فلان أوان غصبك فلان أوان بايعت فلانا فانا ضامن لذلك جاز لان هذه الافعال سبب لوجوب الضمان ولو قال ان غصبك فلان ضيعتك فانا ضامن لم يجز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وجاز عند محمد بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عند أبى حنيفة وعند محمد يتحقق ولو قال من قتلك من الناس أومن غصبك من الناس أومن شجك من الناس أومن بايعك من الناس لم يجز لا من قبل التعليق بالشرط بل لان المضمون عنه مجهول وجهالة المضمون عنه تمنع صحة الكفالة ولو قال ضمنت لك ما على فلان ان توى جاز لان هذا شرط ملائم للعقد لانه مؤكد لمعنى التوسل الى ما هو المقصود وكذا لو قال ان خرج من المصر ولم يعطك فانا ضامن لما ذكرنا ولو شرط فى الكفالة بالنفس تسليم المكفول به فى وقت بعينه جاز لان هذا تأجيل الكفالة بالنفس الى وقت معلوم فيصح كالكفالة بالمال وكذا سائر أنواع الكفالات فى التعليق بالشرط والتأجيل والاضافة الى الوقت سواء لان الكل فى معنى الكفالة على السواء ولو قال كفلت لك مالك على فلان حالا على أنك متى طلبته فلى اجل شهر جاز واذا طلبته منه فله أجل شهر ثم اذا مضى الشهر فله أن يأخذه متى شاء ولو شرط ذلك بعد تمام الكفالة بالمال حالا لم يجز وله أن يطالبه متى شاء والفرق ان الموجود ههنا كفالتان احداهما حالة مطلقة والثانية مؤجلة الى شهر معلقة بشرط الطلب فاذا وجد الشرط ثبت التأجيل الى شهر فاذا مضى الشهر انتهى حكم التأجيل فيأخذه بالكفالة الحالة هذا معنى قوله فى الكتاب يأخذه متى شاء بالطلب الاول بخلاف ما اذا كان التأجيل بالشرط بعد تمام العقد لان ذلك تعليق التأجيل بالشرط لا تعليق العقد المؤجل بالشرط والتأجيل نفسه لا يحتمل التعليق بالشرط فبطل ألا ترى أنه اذا كفل الى قدوم زيد جاز ولو كفل مطلقا ثم أخر الى قدوم زيد لم يجز لما ذكرنا كذا هذا ولو كفل بنفس المطلوب على انه ان لم يواف به غدا فعليه ما عليه وهو الالف فمضى الوقت ولم يواف به فالمال لازم للكفيل لان هنا كفالتان بالنفس وبالمال الا أنه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس فكل ذلك جائز (أما) الكفالة بالنفس فلا شك فيها وكذا الكفالة بالمال لان هذا شرط ملائم للعقد محقق لما شرع له وهو الوصول الى الحق من جهة الكفيل عند تعذر الوصول اليه من قبل الاصيل فاذا لم يوجد الشرط لزمه المال واذا أداه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لجواز ان يدعى عليه مالا آخر فيلزمه تسليم نفسه وكذا اذا قال فعليه ما عليه وعليه الف ولم يسم لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ويلزمه جميع الالف لانه أضاف الكفالة الى ما عليه والالف عليه وكذا لو كفل لامرأة بصداقها ان لم يواف الزوج وصداقها وصيف فالوصيف لازم للكفيل لان الكفالة بالوصيف كفالة بمضمون على الاصيل وهو الزوج لان الحيوان يثبت دينا فى الذمة بدلا عما ليس بمال فيلزم الكفيل ولو كفل بنفس رجل وقال ان لم أوافك به غدا فعلى الف درهم ولم يقل الالف التى عليه أو الالف التى ادعيت والمطلوب ينكر فالمال لازم للكفيل عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يلزمه (وجه) قول محمد ان هذا ايجاب المال معلقا بالخطر ابتداء لانه لم توجد الاضافة الى الواجب ووجوب المال ابتداء لا يتعلق بالخطر فاما الكفالة بمال ثابت فتتعلق بالخطر ولم يوجد (وجه) قولهما ان مطلق الالف ينصرف الى الالف المعهودة وهى الالف المضمونة مع ما ان فى الصرف الى ابتداء الايجاب فساد العقد وفى الصرف الى ما عليه صحته فالصرف الى ما فيه صحة العقد أولى ولو كفل بنفسه على أن يوافى به اذا ادعى به فان لم يفعل فعليه الالف التى عليه

جاز

جاز لانه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس عند طلب الموافاة وهذا شرط ملائم للعقد لما ذكرنا فاذا طلب منه المكفول له تسليم النفس فان سلم مكانه برئ لانه أتى بما التزم وان لم يسلم فعليه المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة بالنفس عند الطلب ولو قال ائتنى به عشية أو غدوة وقال الكفيل أنا آتيك به بعد غد فان لم يأت به فى الوقت الذى طلب المكفول له فعليه المال لوجود شرط اللزوم وان أخر المطالبة الى ما بعد غد كما قاله الكفيل فأتى به فهو برئ من المال لانه بالتأخير أبطل الطلب الاول فلم يبق التسليم واجبا عليه وصار كانه طلب منه من الابتداء التسليم بعد غد وقد وجد وبرئ من المال ولو كفل بالمال وقال ان وافيتك به غدا فانا برئ فوافاه من الغد يبرأ من المال فى رواية وفى رواية لا يبرأ (وجه) الرواية الاخيرة ان قوله ان وافيتك به غدا فانا برئ تعليق البراءة عن المال بشرط الموافاة بالنفس والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لان فيها معنى التمليك والتمليكات لا يصح تعليقها بالشرط (وجه) الرواية الاولى ان هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافاة بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والاول أشبه ولو شرط فى الكفالة بالنفس ان يسلمه اليه فى مجلس القاضى جاز لان هذا شرط مفيد ويكون التسليم فى المصر أو فى مكان يقدر على احضاره مجلس القاضى تسليما الى القاضى لما ذكران شاء الله تعالى ولو شرط أن يسلمه اليه فى مصر معين يصح التقييد بالمصر بالاجماع الا أنه لا يصح التعيين عند أبى حنيفة وعندهما يصح على ما نذكران شاء الله تعالى ولو شرط ان يدفعه اليه عند الامير لا يتقيد به حتى لو دفعه اليه عند القاضى أو عزل الامير وولى غيره فدفعه اليه عند الثانى جاز لان التقييد غير مفيد ولو كفل بنفسه فان لم يواف به فعليه ما يدعيه الطالب فان ادعى الطالب ألفا فان لم يكن عليه بينة لا يلزم الكفيل لانه لا يلزم بنفس الدعوى شئ فقد أضاف الالتزام الى ما ليس بسبب اللزوم وكذا اذا أقر بها المطلوب لان اقراره حجة عليه لا على غيره فلا يصدق على الكفيل ولو قامت البينة عليها أو أقر بها الكفيل فعليه الالف لان البينة سبب لظهور الحق وكذا اقرار الانسان على نفسه صحيح فيؤاخذ به ولو كفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى شهر فعليه ما عليه فمات الكفيل قبل الشهر وعليه دين ثم مضى الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به الى الطالب فالمال لازم للكفيل ويضرب الطالب مع الغرماء أما لزوم المال فلان الحكم بعد الشرط يثبت مضافا الى السبب السابق وهو عند مباشرة السبب صحيح ولهذا لو كفل وهو صحيح ثم مرض تعتبر الكفالة من جميع المال لا من الثلث (وأما) الضرب مع الغرماء فلاستواء الدينين وكذا لو مات المكفول به ثم مات الكفيل لانه اذا مات فقد عجز الكفيل عن تسليم نفسه فوجد شرط لزوم المال بالسبب السابق هذا اذا كانت الكفالة معلقة بالشرط فاما اذا كانت مضافة الى وقت بان ضمن ما ادان له على فلان أو ما قضى له عليه أو ما داين فلانا أو ما أقرضه أو ما استهلك من ماله أو ما غصبه أو ثمن ما بايعه صحت هذه الكفالة لانها أضيفت الى سبب الضمان وان لم يكن الضمان ثابتا فى الحال والكفالة ان كان فيها معنى التمليك فليست بتمليك محض فجاز أن تحتمل الاضافة ولو قال كلما بايعت فلانا فثمنه على أو ما بايعت أو الذى بايعت يؤاخذ الكفيل بجميع ما بايعه ولو قال ان بايعت أو اذا بايعت أو متى بايعت يؤاخذ بثمن أول المبايعة ولا يؤاخذ بثمن ما بايعه بعدها لان كلمة كل لعموم الافعال وكذا كلمة ما والذى للعموم وقد دخلت على المبايعة فيقتضى تكرار المبايعة ولم يوجد مثل هذه الدلالة فى قوله ان بايعت ونظائره والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الكفالة فأنواع بعضها يرجع الى الكفيل وبعضها يرجع الى الاصيل وبعضها يرجع الى المكفول له وبعضها يرجع الى المكفول به ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ (أما) الذى يرجع الى الكفيل فأنواع (منها) العقل ومنها البلوغ وانهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبى والمجنون لانها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع الا أن الاب أو الوصى لو استدان دينا فى نفقة اليتيم وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه جاز ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يجز لان ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط

لا يزيده الا تأكيدا فلم يكن متبرعا فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب أو الوصى فلم يكن عليه فكان متبرعا فيه فلم يجز (ومنها) الحرية وهى شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورا كان أو مأذونا له فى التجارة لانها تبرع والعبد لا يملكه بدون اذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق لان امتناع النفاذ ما كان لانعدام الاهلية بل لحق المولى وقد زال بخلاف الصبى لانها غير منعقدة منه لعدم الاهلية فلا تحتمل النفاذ بالبلوغ ولو أذن له المولى بالكفالة فان كان عليه دين لم يجز لان اذنه بالتبرع لم يصح وان لم يكن عليه دين جازت كفالته وتباع رقبته فى الكفالة بالدين الا ان يفديه المولى ولا تجوز كفالة المكاتب من الاجنبى لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم على لسان صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام وسواء أذن له المولى أو لم يأذن لان اذن المولى لم يصح فى حقه وصح فى حق القن ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لانهما يملكان التبرع عليه وأما صحة بدن الكفيل فليس بشرط لصحة الكفالة فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لانها تبرع (وأما) الذى يرجع الى الاصيل فنوعان أحدهما أن يكون قادرا على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنائبه عند أبى حنيفة فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبى يوسف ومحمد تصح (وجه) قولهما ان الموت لا ينافى بقاء الدين لانه مال حكمى فلا يفتقر بقاؤه الى القدرة ولهذا بقى اذا مات مليا حتى تصح الكفالة به وكذا بقيت الكفالة بعد موته مفلسا واذا مات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح الابراء عنه والتبرع (وجه) قول أبى حنيفة ان الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح كما كفل على انسان بدين ولا دين عليه واذا مات مليا فهو قادر بنائبه وكذا اذا مات عن كفيل لانه قائم مقامه فى قضاء دينه (وأما) الابراء والتبرع فهما فى الحقيقة ابراء عن المؤاخذة بسبب المماطلة فى قضاء الدين والتبرع بتخليص الميت عن المؤاخذة بسبب التقصير بواسطة ارضاء الخصم بهبة هذا القدر منه فاما أن يكون ابراء عن الدين وتبرعا بقضائه حقيقة فلا على ما عرف فى الخلافيات والثانى أن يكون معلوما بان كفل ما على فلان فاما اذا قال على أحد من الناس أو بعين أو بنفس أو بفعل فلا يجوز لان المضمون عليه مجهول ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة على هذا الوجه غير معروفة فاما حرية الاصيل وعقله وبلوغه فليست بشرط لجواز الكفالة لان الكفالة بمضمون ما على الاصل مقدور الاستيفاء من الكفيل وقد وجد أما العبد فلان الدين واجب عليه ويطالب به فى الجملة فاشبه الكفالة بالدين المؤجل وأما الصبى والمجنون فلان الدين فى ذمتهما والولى مطالب به فى الحال ويطالبان أيضا فى الجملة وهو ما بعد البلوغ والافاقة فتجوز الكفالة عن العبد وان كان محجورا وعن الصبى والمجنون الا أن الكفيل لا يملك الرجوع عليهم بما أدى وان كانت الكفالة باذنهم لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى وكذا لا يشترط حضرته فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس لان الحاجة الى الكفالة فى الغالب فى مثل هذه الاحوال فكانت الكفالة فيهما أجوز ما يكون (وأما) الذى يرجع الى المكفول له فانواع (منها) أن يكون معلوما حتى انه اذا كفل لاحد من الناس لا تجوز لان المكفول له اذا كان مجهولا لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثق (ومنها) أن يكون فى مجلس العقد وانه شرط الانعقاد عند أبى حنيفه ومحمد اذا لم يقبل عنه حاضر فى المجلس حتى ان من كفل لغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لا تجوز عندهما اذا لم يقبل عنه حاضر وعن أبى يوسف روايتان وظاهر اطلاق محمد فى الاصل انها جائزة على قوله الآخر يدل على ان المجلس عنده ليس بشرط أصلا لا شرط النفاذ ولا شرط الانعقاد لان محمدا ربما يطلق الجواز على النافذ فأما الموقوف فنسميه باطلا الا أن يجيز وهذا الاطلاق صحيح لان الجائز هو النافذ فى اللغة يقال جاز السهم اذا نفذ (وجه) قول أبى يوسف الآخر ما ذكرنا فى صدر الكتاب ان معنى هذا العقد لغة وشرعا وهو الضم والالتزام يتم بايجاب الكفيل فكان ايجابه كل العقد والدليل عليه مسئلة المريض (وجه) قولهما ما ذكرنا ان فيه معنى التمليك أيضا والتمليك لا يقوم الا بالايجاب والقبول فكان الايجاب وحده شطر العقد فلا يقف على غائب

عن المجلس كالبيع مع ما انا نعمل بالشبهين جميعا فنقول لشبه الالتزام يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والاضافة الى الوقت ولشبه التمليك لا يقف على غائب عن المجلس اعتبارا للشبهين بقدر الامكان (وأما) مسئلة المريض فقد قال بعض مشايخنا ان جواز الضمان هناك بطريق الايصاء بالقضاء عنه بعد موته لا بطريق الكفالة و يكون قوله اضمنوا عنى ايصاء منه اليهم بالقضاء عنه حتى لو مات ولم يترك شيأ لا يلزم الورثة شئ فعلى هذا لا يلزم و بعضهم أجازوه على سبيل الكفالة ووجهه ما أشار اليه أبو حنيفة عليه الرحمة فى الاصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرمائه وشرح هذه الاشارة والله عز وجل أعلم ان المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله و يصير بمنزلة الاجنبى عنه حتى لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق الغريم ولو قال أجنبى للورثة اضمنوا الغرماء فلان عنه فقالوا ضمنا يكتفى به فكذا المريض والله عز وجل أعلم (ومنها) وهو تفريع على مذهبهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبى الذى لا يعقل لانهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لان القبول يعتبر ممن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب ليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قبوله (وأما) حرية المكفول له فليست بشرط لان العبد من أهل القبول (وأما) الذى يرجع الى المكفول به فنوعان أحدهما أن يكون المكفول به مضمونا على الاصيل سواء كان دينا أو عينا أو نفسا أو فعلا ليس بدين ولا عين ولا نفس عند أصحابنا الا أنه يشترط فى الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها و جملة الكلام فيه أن المكفول به أربعة أنواع عين ودين و نفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس أما العين فنوعان عين هى أمانة وعين هى مضمونة أما العين التى هى أمانة فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر فى يد الاجير لانه أضاف الكفالة الى عينها وعينها ليست بمضمونة ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر جاز لانهما مضمونا التسليم عليهما فالكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت (وأما) العين المضمونة فنوعان مضمون بنفسه كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن فتصح الكفالة بالنوع الاول لانه كفالة بمضمون بنفسه ألا ترى انه يجب رد عينه حال قيامه و رد مثله أو قيمته حال هلاكه فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه أيضا ولا تصح بالنوع الثانى لان المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ألا ترى أنه اذا هلك فى يد البائع لا يجب عليه شىء ولكن يسقط الثمن عن المشترى وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ألا يرى أنه اذا هلك لا يجب على المرتهن شىء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره (وأما) الفعل فهو فعل التسليم فى الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لان المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن فى الجملة بعد قضاء الدين فكان المكفول به مضمونا على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه اذا هلك لا شئ على الكفيل لانه لم يبق مضمونا على الاصيل فلا يبقى على الكفيل ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل فان كانت الدابة بعينها لم تجز الكفالة بالحمل وان كانت بغير عينها جازت لان فى الوجه الاول الواجب على الآجر فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الاصيل فلم تجز وفى الوجه الثانى الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الاصيل فجازت وعلى هذا اذا كفل بنفس من عليه الحق جاز عند أصحابنا لان الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس وفعل التسليم مضمون على الاصيل فقد كفل بمضمون على الاصيل فجاز وكذا اذا كفل برأسه أو بوجهه أو برقبته أو بروحه أو بنصفه والاصل فيه أنه اذا أضاف الكفالة الى جزء جامع كالرأس والوجه والرقبة ونحوها جازت لان هذه الاجزاء يعبر بها عن جملة البدن فكان ذكرها ذكرا للبدن كما فى باب الطلاق والعتاق وكذا اذا أضاف الى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما جازت لان حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة والنفس فى حق وجوب التسليم لا

تتجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكله كما في الطلاق والعتاق واذا أضافها الى اليد أو الرجل ونحوهما من الاجزاء المعينة لا تجوز لان هذه الاعضاء لا يعبر بها عن جميع البدن وهي في حكم الكفالة متجزئة فلا يكون ذكرها ذكراً لجميع البدن كما في الطلاق والعتاق ولو قال في الكفالة بالنفس هو علي جاز لان هذا صريح في التزام تسليم النفس وكذا اذا قال أنا ضامن لوجهه لان الوجه جزء جامع ولو قال أنا ضامن لمعرفته لا تصح لان المعرفة لا تحتمل أن تكون مضمونة على الاصيل ولو قال للطالب أنا ضامن لك لم يصح لان المضمون غير معلوم أصلا ثم ما ذكرنا من الكفالة بالنفس والعين والفعل انها صحيحة وما ذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله انها غير صحيحة (وجه) قوله ان الكفالة أضيفت الى غير محلها فلا تصح ودلالة ذلك ان الكفالة التزام الدين فكان محلها الدين فلم توجد والتصرف المضاف الى غير محله باطل ولان القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة والقدرة على الاعتاق لا تتحقق (ولنا) قوله عز وجل ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أخبر الله عز شأنه عن الكفالة بالعين عن الامم السالفة ولم يغير والحكيم اذا حكى عن منكر غيره ولان هذا حكم لم يعرف له مخالف من عصر الصحابة والتابعين الى زمن الشافعي رحمه الله فكان الانكار خروجاً عن الاجماع فكان باطلا ولما ذكرنا ان هذه الكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح أصله الكفالة بالدين وقوله الكفالة التزام الدين ممنوع بل هي التزام المطالبة بمضمون على الاصيل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم في حق الاصيل كالدين عبد مقر بالرق في يد رجل فأخذ منه المولى كفيلا بنفسه فأبق فهو باطل لانه كفل بما ليس بمضمون وكذا لو كفل بعد اباقه لما قلنا وكذا لو ادعى رجل على انسان انه عبده وأنكر المدعى عليه وزعم انه حر وكفل رجل بنفسه حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه لا شئ على الاصيل لما ذكرنا ولو كان المدعى في يد ثالث فقال أنا ضامن لك قيمة هذا ان استحقيته صحت الكفالة حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه فالكفيل ضامن كل قيمته لان باقامة البينة تبين انه كفل بمضمون صبي في يد رجل يدعى انه ابنه وادعى رجل آخر انه عبده فضمن له انسان فأقام المدعى البينة وقد مات الصبي فالكفيل ضامن لما ذكرنا أنه لما قامت البينة تبين انه كفيل بمضمون وعن محمد فيمن ادعى على انسان انه غصبه عبداً فقبل أن يقيم البينة قال رجل أنا ضامن بالعبد الذى يدعى فهو ضامن حتى يأتى بالعبد فيقيم البينة عليه لانه كفل بمضمون على الاصيل وهو احضاره مجلس القاضى فان هلك واستحقه ببينة فهو ضامن لقيمته لانه تبين انه كفل بمضمون بعين مضمون بنفسه ولو ادعى انه غصبه الف درهم واستهلكها أو عبداً أومات في يده فقال رجل خله فأنا ضامن المال أو لقيمة العبد فهو ضامن يأخذه به من ساعته ولا يقف على اقامة البينة لان بقوله أنا ضامن لقيمة العبد أقر بكون القيمة واجبة على الاصيل فقد كفل بمضمون على الاصيل فلا يقف على البينة بخلاف الفصل الاول لان هناك ما عرف وجوب القيمة باقراره بل باقامة البينة فتوقف عليها والنوع الثانى أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها وههنا شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لانه ليس بدين لازم لان المكاتب يملك اسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز لا بالكسب بمضمون وتجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في النفس ومادونها وبحد القذف والسرقة اذا بذلها المطلوب فأعطاه بها كفيلا بلا خلاف بين أصحابنا وهو الصحيح لانه كفالة بمضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين وانما الخلاف انه اذا امتنع من اعطاء الكفيل عند الطلب هل يجبره القاضى عليه قال أبو حنيفة لا يجبره وقال أبو يوسف ومحمد يجبره (وجه) قولهما ان نفس من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عليه عند الطلب كنفس من عليه الدين ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ويجبر عليها عند الطلب فكذا هذا ولابى حنيفة ان الكفالة شرعت

وثيقة والحدود مبناها على الدرء فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة ولا يلزمه الحبس فى الحدود والقصاص قبل تزكية الشهود والحبس توثيق لان الحبس للتهمة لا للتوثيق لان شهادة شاهدين أو شاهد واحد لا تخلو عن ايراث تهمة فكان الحبس لاجل التهمة دون التوثيق و يجوز الجبر على اعطاء الكفيل فى التعزير لانه لا يحتال لدرئه لكونه حق العبد (وأما) الدين فتصح الكفالة به بلا خلاف لانه مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل والنوع الثانى أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها وههنا شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لانه ليس بدين لازم لان المكاتب يملك اسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز لا بالكسب فلو أجزنا الكفالة ببدل الكتابة لكان لا يخلو (اما) ان يملك الكفيل اسقاطه عن نفسه كما يملك الاصيل (واما) ان لا يملك فان ملك لا تفيد الكفالة وان لم يملك لم يكن هذا التزام ما على الاصيل فلا يتحقق التصرف كفالة ولانا لو أجزنا هذه الكفالة لكان الدين على الكفيل ألزم منه على الاصيل لان المكاتب اذا مات عاجزاً بطل عنه الدين ولو مات الكفيل عاجزاً مفلساً لم يبطل عنه الدين فكان الحق على الكفيل ألزم منه على الاصيل وهذا خلاف ما توجبه الاصول ولان الكفالة جوازها بالعرف فلا تجوز فيما لا عرف فيه ولا عرف فى الكفالة ببدل الكتابة وكذا لا تجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بسائر الديون سوى دين الكتابة لان غيره من الديون انما وجب للمولى عليه بمشيئته ألا ترى أنه لولا لزوم الكتابة عليه لما وجب عليه دين آخر فكان دين الكتابة أصلا لوجوب دين آخر عليه فلما لم تجز الكفالة بالاصل فلا ن لا تجوز بالفرع أولى وأحرى ولا تجوز الكفالة ببدل السعاية عند أبى حنيفة وعندهما تجوز بناء على أن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين وكون المكفول به معلوم الذات فى أنواع الكفالات أو معلوم القدر فى الدين ليس بشرط حتى لو كفل بأحد شيئين غير عين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء لان هذه جهالة مقدورة الدفع بالبيان فلا تمنع جواز الكفالة وكذا اذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل آخر أو بما عليه جاز و يبرأ بدفع واحد منهما الى الطالب ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه فى هذا البيع جاز لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة قال الله تعالى جل شأنه ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أجاز الله تعالى عز شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم ولو ضمن رجل بالعهدة فضمانه باطل عند أبى حنيفة وعندهما صحيح (وجه) قولهما ان ضمان العهدة فى متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا ولابى حنيفة رحمه الله أن العهدة تحتمل الدرك وتحتمل الصحيفة وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الاصيل فدارت الكفالة بالعهدة بين ان تكون بمضمون وغير مضمون فلا تصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به بل لوقوع الشك فى وجود شرط الجواز وهو كونه مضموناً على الاصيل وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع واذا استحق المبيع يخاصم المشترى البائع أولا فاذا قضى عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولا فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه قال الكفيل يكون خصما هذا اذا كان المبيع ما سوى العبد فان كان عبداً فظهر انه حر بالبينة فللمشترى أن يخاصم أيهما شاء بالاجماع ولو انفسخ البيع بينهما بما سوى الاستحقاق بالرد بالعيب أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤاخذ به الكفيل لان ذلك ليس من الدرك ولو أخذ المشترى رهنا بالدرك لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك والفرق عرف فى موضعه ولو بنى المشترى فى الدار بناء ثم استحقت الدار ونقض عليه البناء فللمشترى أن يرجع على بائعه بالثمن و بقيمة بنائه مبنياً اذا سلم النقض الى البائع وان لم يسلم لا يرجع عليه الا بالثمن خاصة فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه يرجع عليه بالثمن و بقيمة البناء والتالف ولو سلم النقض

الى البائع وقضى عليه بالثمن وقيمة البناء مبنيا له ان يأخذ أيهما شاء بالثمن و يأخذ البائع بقيمة البناء فى ظاهر الرواية وذكر الطحاوى أنه يأخذ أيهما شاء بهما جميعا ان شاء أخذهما من البائع وان شاء أخذهما من الكفيل بالدرك ثم يرجع الكفيل على البائع ان كانت الكفالة بأمره جعل الطحاوى قيمة البناء بمنزلة الثمن وهو غير سديد لان المفهوم من الدرك ضمان المشترى فى متعارف الناس فلا تكون قيمة البناء داخلة تحت الكفالة بالدرك وكذلك لو كان المبيع جارية فاستولدها المشترى ثم استحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية وقيمة الولد والعقر فان المشترى يأخذ الثمن من أيهما شاء ولا يؤاخذ الكفيل بقيمة الولد وللمشترى أن يأخذ قيمة الولد من البائع خاصة لانه لم يدخل تحت الكفالة بالدرك والله عز وجل أعلم ولو كفل بماله على فلان فقامت البينة عليه بألف ضمنها الكفيل لانه تبين انه كفل بمضمون على الاصيل وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه فى مقدار ما يقر به أما القول قوله فى المقر به لانه مال لزم بالتزامه فيصدق فى القدر الملتزم كما اذا أقر على نفسه بمال مجهول وأما اليمين فلانه منكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه فى الشرع ولو أقر المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لان اقرار الانسان حجة فى حق نفسه لا فى حق غيره لانه مقر فى حق نفسه مدع فى حق غيره ولا يظهر صدق المدعى الا بحجة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الكفالة فنقول وبالله التوفيق للكفالة حكمان أحدهما ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الاصيل عند عامة مشايخنا ويطرد هذا الحكم فى سائر أنواع الكفالات لان الكل فى احتمال هذا الحكم على السواء وانما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الاصيل لا عليه فالدين على واحد والمطالب به اثنان غير أن الكفيل ان كان واحدا يطالب بكل الدين وان كان به كفيلان والدين ألف يطالب كل واحد منهما بخمسمائة اذا لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لانهما استويا فى الكفالة والمكفول به يحتمل الانقسام فينقسم عليهما فى حق المطالبة كما فى الشراء ويطالب الكفيل بالنفس باحضار المكفول بنفسه ان لم يكن غائبا وان كان غائبا يؤخذ الكفيل الى مدة يمكنه احضاره فيها فان لم يحضر فى المدة ولم يظهر عجزه للقاضى حبسه الى أن يظهر عجزه له فاذا علم القاضى ذلك بشهادة الشهود أو غيرها أطلقه وأنظره الى حال القدرة على احضاره لانه بمنزلة المفلس لكن لا يحول بين الطالب والكفيل بل يلازمه الطالب ولا يحول الطالب أيضا بينه و بين أشغاله ولا يمنعه من الكسب وغيره ويطالب الكفيل بالعين بتسليم عينها ان كانت قائمة ومثلها أو قيمتها ان كانت هالكة ويطالب الكفيل بتسليم العين وبالفعل بهما وقال بعض مشايخنا ان حكم الكفالة بالدين وجوب أصل الدين على الكفيل والمطالبة مرتب عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الاصيل كما يطالب الاصيل بدين عليه لا على الكفيل فيتعدد الدين حسب تعدد المطالبة وبه أخذ شيخه الامام الشافعى رحمه الله وزعم أن هذا يمنع من صحة الكفالة بالاعيان المضمونة والنفس والفعل لان هذا الحكم لا يتحقق فى الكفالة بغير الدين وهذا غير سديد لان الكفالات أنواع لكل نوع حكم على حدة فانعدام حكم نوع منها لا يدل على انعدام حكم نوع آخر فأما براءة الاصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء والطالب بالخيار ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل الا اذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل لانها حوالة معنى أو كانت مقيدة بما عليه من الدين لانها فى معنى الحوالة أيضا وقال ابن أبى ليلى ان الكفالة توجب براءة الاصيل والصحيح قول العامة لان الكفالة تنبئ عن الضم وهو ضم ذمة الى ذمة فى حق المطالبة بما على الاصيل أو فى حق أصل الدين والبراءة تنافى الضم ولان الكفالة لو كانت مبرئة لكانت حوالة وهما متغايران لان تغاير الاسامى دليل تغاير المعانى فى الاصل وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر بل يملك مطالبته فرق بين هذا وبين غاصب الغاصب ان للمالك أن يضمن أيهما شاء فاذا اختار تضمين أحدهما لا يملك اختيار تضمين الآخر (ووجه) الفرق أن المضمونات تملك عند اختيار الضمان فاذا اختار تضمين أحدهما فقد هلك المضمون فلا يملك الرجوع عنه وهذا المعنى هنا معدوم لان اختيار الطالب مطالبة أحدهما بالمضمون

لا يتضمن ملك المضمون فهو الفرق وكذا فرقوا بين هذا وبين العبد المشترك بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر حتى يثبت للشريك الساكت اختيار تضمين المعتق واستسعاء العبد فاختيار أحدهما يبطل اختيار الآخر لانه لما اختار الضمان صار نصيبه منقولا الى المعتق عند اختياره لان المضمونات تملك عند اختيار الضمان فلو اختار الاستسعاء يسعى وهو رقيق وانما يعتق كله باداء السعاية وبينهما تناف ولا تنافى ههنا لان الطالب لا يملك المضمون باختيار المطالبة فيملك مطالبة الآخر والثانى ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الاصيل اذا كانت الكفالة بأمره فى الانواع كلها ثم اذا كانت الكفالة بالنفس فطالب الكفيل بتسليم نفسه الى الطالب اذا طالبه وان كانت بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها اذا كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها اذا كانت هالكة اذا طولب به وان كانت بفعل التسليم والحمل يطالب بهما وان كانت بدين يطالبه بالخلاص اذا طولب فكما طولب الكفيل طالب هو المكفول عنه بالخلاص وان حبس فله ان يحبس المكفول عنه لانه هو الذى أوقعه فى هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها وان كانت الكفالة بغير أمره فليس للكفيل حق ملازمة الاصيل اذا لوزم ولا حق الحبس اذا حبس وليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدى هو وان كانت الكفالة بأمره لان ولاية المطالبة انما تثبت بحكم القرض والتمليك على ماذكره وكل ذلك يقف على الاداء ولم يوجد بخلاف الوكيل بالشراء ان له ولاية مطالبة الموكل بالثمن بعد الشراء قبل أن يؤدى هو من مال نفسه لان هناك الثمن يقابل المبيع والملك فى المبيع كما وقع وقع للموكل فكان الثمن عليه فكان له أن يطالبه به وهنا المطالبة بسبب القرض أو التمليك ولم يوجد هنا واذا أدى كان له أن يرجع عليه اذا كانت الكفالة بأمره لان الكفالة بالامر فى حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل والكفيل باداء المال مقرض من المطلوب ونائب عنه فى الاداء الى الطالب وفى حق الطالب تمليك ما فى ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه والمشترى يملك الشراء بالبيع لا غير هذا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة فنقول وبالله التوفيق اما الكفيل بالمال فانما يخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما أداء المال الى الطالب أو ما هو فى معنى الاداء سواء كان الاداء من الكفيل او من الاصيل لان حق المطالبة للتوسل الى الاداء فاذا وجد فقد حصل المقصود فينتهى حكم العقد وكذا اذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الاصيل لان الهبة بمنزلة الاداء لما ذكرنا وكذا اذا تصدق به على الكفيل أو على الاصيل لان الصدقة تمليك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة والثانى الابراء وما هو فى معناه فاذا أبرأ الطالب الكفيل أو الاصيل خرج عن الكفالة غير انه اذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الاصيل واذا أبرأ الاصيل يبرأ الكفيل لان الدين على الاصيل لا على الكفيل انما عليه حق المطالبة فكان ابراء الاصيل اسقاط الدين عن ذمته فاذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة لان المطالبة بالدين ولا دين محال فاما ابراء الكفيل فابراؤه عن المطالبة لا عن الدين اذ لا دين عليه وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الاصيل لكن يخرج الكفيل عن الكفالة لان حكم الكفالة حق المطالبة عن الكفيل فاذا سقط تنتهى الا ان ابراء الاصيل يرتد بالرد وكذا الهبة منه أو التصدق عليه وابراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصدق عليه والفرق بين هذه الجملة يعرف فى موضعه ان شاء الله تعالى واذا ارتدت هذه التصرفات برد الاصيل عاد الدين الى ذمته وهل تعود المطالبة بالدين الى الكفيل اختلف المشايخ فيه ولو أبرأ الاصيل أو وهب منه بعد موته فرد ورثته يرتد عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يرتد (وجه) قوله ان هذا بمنزلة ما لو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد وهناك لا يرتد برد الورثة فكذا هذا ولهما ان أبراءه بعد موته ابراء الورثة لانهم يطالبون بدينه من ماله بعد موته وابراء الورثة يرتد بردهم بخلاف حال الحياة لانهم لا يطالبون بدينه بوجه فاقتصر حكم الابراء عليه فلا يرتد برد الورثة وكذا لو قال الطالب للكفيل برئت الى من المال لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لانه جعل نفسه غاية لبراءته والبراءة التى هى غايتها

نفسه هي براءة القبض والاستيفاء وبرئا جميعاً لان استيفاء الدين يوجب براءتهما جميعاً فيرجع الكفيل على الاصيل اذا كانت الكفالة بأمره لما ذكرنا ولو قال برئت من المال ولم يقل الي فكذلك عند أبي يوسف وهذا وقوله برئت الي سواء عنده وعند محمد يبرأ الكفيل دون الاصيل وهذا وقوله أبرأتك سواء عنده (وجه) قول محمد ان البراءة عن المال قد تكون بالاداء وقد تكون بالابراء فلا تحمل على الاداء الا بدليل زائد وقد وجد ذلك في الفصل الاول وهو قوله الي لان ذلك ينبئ عن معنى الاداء لما ذكرنا ولم يوجد ههنا فتحمل على الابراء لان البراءة حكم الابراء في الاصل (وجه) قول أبي يوسف ان البراءة المضافة الى المال تستعمل في الاداء عرفا وعادة فتحمل عليه ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط لان البراءة فيها معنى التمليك والتمليك لا يحتمل التعليق بالشرط ولو أحال الكفيل الطالب بمال الكفالة على رجل وقبله الطالب فالمحتال عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة وكذا اذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله لان الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً عند عامة مشايخنا وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة وابراء الكفيل والاصيل مخرج عن الكفالة لما ذكرنا وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة لان الحوالة عنده ليست بمبرئة أصلا لما يأتي في كتاب الحوالة ان شاء الله تعالى وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما يخرج بالحوالة بان يصالح الكفيل الطالب على بعض المدعى لان الصلح على جنس المدعى اسقاط بعض الحق فكان فيه معنى الابراء وعلى خلاف الجنس معاوضة فكان في معنى الابراء وكل ذلك يخرج عن الكفالة غير ان في حالين يبرأ الكفيل والاصيل جميعاً وفي حال يبرأ الكفيل دون الاصيل (اما) الحالتان اللتان برئ فيهما الكفيل والاصيل جميعاً احداهما أن يقول الكفيل للطالب صالحتك من الالف على خمسمائة على اني والمكفول منه برئان من الخمسمائة الباقية ويكون الطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء أخذها من الكفيل ثم الكفيل يرفع بها على الاصيل وان شاء أخذها من الاصيل والثانية أن يقول صالحتك على خمسمائة مطلقاً عن شرط البراءة أصلا لما ذكرنا قبل هذا ان الابراء المضاف الى المال المجرد عن شرط البراءة المضافة الى الكفيل ابراء عن الدين والدين واحد فاذا سقط عن الاصيل سقطت المطالبة عن الكفيل (وأما) الحوالة التي يبرأ الكفيل فيها دون الاصيل فهي أن يقول الكفيل للطالب صالحتك على اني برىء من الخمسمائة وقد بينا الفرق من قبل والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الاصيل خمسمائة ثم يرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ان كان الصلح بأمره (وأما) الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء احداها تسليم النفس الى الطالب وهو التخلية بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على احضاره مجلس القاضي لان التسليم في مثل هذا الموضع محصل للمقصود من العقد وهو امكان استيفاء الحق بالمرافعة الى القاضي فاذا حصل المقصود ينتهي حكمه فيخرج عن الكفالة ولو سلمه في صحراء أو برية لا يخرج لانه لم يحصل المقصود ولو سلم في السوق أو في المصر يخرج سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم في مجلس القاضي أما اذا أطلق فظاهر لانه يتقيد بمكان يقدر على احضاره مجلس القاضي بدلالة الغرض وكذا اذا قيد لان التسليم في هذه الامكنة تسليم في مجلس القاضي بواسطة ولو شرط أن يسلمه في مصر معين فسلمه في مصر آخر يخرج عن الكفالة عند أبي حنيفة وعندهما لا يخرج عنها الا أن يسلمه في المصر المشروط (وجه) قولهما ان التقييد بالمصر مفيد لجواز أن يكون للطالب بيّنة يقدر على اقامتها فيه دون غيره فكان التعيين مفيدا فيتقيد به (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان المقصود من تسليم النفس هو الوصول الى الحق بالمرافعة الى القاضي وهذا الغرض ممكن الاستيفاء من كل قاض فلا يصح التعيين ولو سلمه في السواد ولا قاضي فيه لا يخرج عن الكفالة لان التسليم في مثل هذا المكان لا يصلح وسيلة الى المقصود فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو شرط أن يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضي يخرج عن الكفالة وكذا اذا عزل الامير وولي غيره فدفعه اليه عند الثاني لان التسليم عند كل من ولي ذلك محصل للمقصود فلم يكن التقييد مفيداً فلا يتقيد ولو كفل جماعة بنفس

رجل

رجل كفالة واحدة فأحضره أحدهم برؤا جميعاً وان كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ الباقون (ووجه) الفرق ان الداخل تحت الكفالة الواحدة فعل واحد وهو الاحضار وقد حصل ذلك بواحد والداخل تحت الكفالات المتفرقة أفعال متفرقة فلا يحصل باحضار واحد الابراءبه فيبرأ هو دون الباقين وليس هذا كما اذا كفل جماعة بمال واحد كفالة واحدة أو متفرقة فأدى أحدهم برئ الباقون لان الدين يسقط عن الاصيل بأداء المال فلا يبقى على الكفيل لما مر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كفل بنفس رجل فان لم يواف به غداً فعليه ما عليه وهو كذا فلقى الرجل الطالب فخاصمه الطالب ولازمه فالمال على الكفيل وان لازمه الى آخر اليوم لانه لم يوجد من الكفيل الموافاة به ولو قال الرجل للطالب قد دفعت نفسي اليك عن كفالة فلان يبرأ الكفيل من المال سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو لا لانه أقام نفسه مقام الكفيل في التسليم عنه فيصح التسليم كمن تبرع بقضاء دين غيره ان هناك لا يجبر على القبول وهنا يجبر عليه والفرق ان انعدام الجبر على القبول في باب المال للتحرز عن لحوق المنة المطلوبة من جهة المتبرع لان نفسه ربما لا تطاوعه بتحمل المنة فيتضرر به وهذا المعنى هنا معدوم لان تسليم نفسه واجب عليه ولا منة في أداء الواجب سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو بغير أمره لان نفسه مضمون التسليم في الحالين والثاني الابراء اذا أبرأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة لان حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس وقد أسقط المطالبة عنه بالابراء فينتهي الحق ضرورة ولا يكون هذا الابراء للاصيل لانه أسقط المطالبة عنه دون الاصيل ولو أبرأ الاصيل برئا جميعاً لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد بطل الضمان بالابراء فينتهي حكم الكفالة والثالث موت المكفول بنفسه لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل والله عز وجل أعلم (وأما) الكفيل بالاعيان المضمونة بنفسها والافعال المضمونة تخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما تسليم العين المضمونة بنفسها ان كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها ان كانت هالكة ويحصل الفعل المضمون وهو التسليم والحمل والثاني الابراء فلا يخرج بموت الغاصب والبائع والمكارى لان نفس هؤلاء غير مكفول بها حتى يسقط بموتهم والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما رجوع الكفيل فجملة الكلام في الرجوع في موضعين أحدهما في شرائط ولاية الرجوع والثاني في بيان ما يرجع به (اما) الشرط فأنواع (منها) ان تكون الكفالة بأمر المكفول عنه لان معنى الاستقراض لا يتحقق بدونه ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله يرجع والصحيح قول العامة لان الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع (ومنها) أن يكون باذن صحيح وهو اذن من يجوز اقراره على نفسه بالدين حتى انه لو كفل عن الصبي المحجور باذنه فأدى لا يرجع لان اذنه بالكفالة لم يصح لانه من المكفول عنه استقراض واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان (وأما) العبد المحجور فاذنه بالكفالة صحيح في حق نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال والله عز وجل أعلم (ومنها) اضافة الضمان اليه بأن يقول اضمن عني ولو قال اضمن كذا ولم يضفه الى نفسه لا يرجع لانه اذا لم يضف اليه فالكفالة لم تقع اقراضاً اياه فلا يرجع عليه (ومنها) أداء المال الى الطالب أو ما هو في معنى الاداء اليه فلا يملك الرجوع قبل الاداء لان معنى الاقراض والتمليك لا يتحقق الا بأداء المال فلا يملك الرجوع قبله (ومنها) أن لا يكون للاصيل على الكفيل دين مثله فاما اذا كان فلا يرجع لانه اذا أدى الدين التقى الدينان قصاصاً اذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الاصيل لثبت للاصيل أن يرجع عليه أيضاً فلا يفيد فيسقطان جميعاً ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الاصيل لان الهبة في معنى الاداء لانه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع عليه كما اذا ملكه بالاداء واذا وهب الدين من الاصيل برئ الكفيل لان هذا وأداء المال سواء لانه لما وهبه منه فقد ملك ما في ذمته كما اذا أدى ومتى برئ الاصيل برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ولو مات الطالب فورثه الكفيل

يرجع على الاصيل ولو ورثه الاصيل يبرأ الكفيل لان الارث من أسباب الملك فيملكه الاصيل ومتى ملكه بريء فيبرأ الكفيل كما اذا أدى ولو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع على الاصيل لان الابراء اسقاط وهو في حق الكفيل اسقاط المطالبة لا غير ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الاصيل فلم يكن فيه معنى تمليك الدين أصلا فلا يرجع ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبه منه جاز حتى لو أداه الكفيل بعد ذلك لا يرجع عليه لان سبب وجوب الحق له على الاصيل وهو العقد باذنه موجود والابراء عن الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جائز كالابراء عن الاجرة قبل مضى مدة الاجارة ولو لم يؤد الكفيل ما كفل به حتى عجل الاصيل لما كفل عنه ودفع الى الكفيل ينظر ان دفعه اليه على وجه القضاء يجوز لان ولاية الرجوع على الاصيل ان لم تكن ثابتة له في الحال لكنها ثبتت بعد الاداء فأشبه الدين المؤجل اذا عجله المطلوب قبل حل الاجل انه يقبل منه ويكون قضاء كذا هذا وبريء الاصيل من دين الكفيل ولكن لا يبرأ عن دين المكفول له وله أن يطالب أيهما شاء فان أخذ من الاصيل كان له أن يرجع على الكفيل بما أدى لانه تبين انه لم يكن قضاء وان كان الكفيل تصرف في ذلك المعجل وربح هل يطيب له الربح ينظر ان كان الدين دراهم أو دنانير يطيب بالاجماع لانهما لا يتعينان في عقود المعاوضات فحصل التمليك باذن صاحبها فيطيب له الربح وان كان الدين مكيلا أو موزونا مما يتعين في العقد يطيب له الربح أيضاً عند أبي يوسف ومحمد وعن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات ذكر في كتاب البيوع انه يطيب له الربح ولم يذكر الخلاف وفي رواية قال يتصدق وفي رواية قال أحب الى أن يرد الربح على المكفول عنه هذا اذا دفعه اليه على وجه القضاء فاما اذا دفعه على وجه الرسالة ليؤدي الدين مما دفعه اليه لا على وجه القضاء فتصرف فيه الوكيل وربح لا يطيب له الربح سواء كان الدين دراهم أو دنانير أو غيرهما من المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وهو كاختلافهم في المودع والغاصب اذا تصرف في الوديعة والمغصوب وربح فيهما انه لا يطيب له الربح عندهما وعند أبي يوسف يطيب والمسئلة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى ولو قال الطالب للكفيل برئت الى من المال يرجع على الاصيل بالاجماع لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لما نذكر وفي قوله برئت من المال اختلاف نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى يثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمسمائة فأدى أحدهما شيأ من مال الكفالة فأراد أن يرجع على صاحبه فهذا لا يخلو اما ان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد أو بعده أو كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه دون الآخر أو لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلا فان لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلا لا يرجع على صاحبه بشيء مما أدى لانه أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلا لانه لم يكفل عنه ولكنه يرجع على الاصيل لانه كفيل عنه بأمره وان كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه ولم يكفل عنه صاحبه بما عليه فالقول قول الكفيل فيما أدى انه من كفالة صاحبه اليه أو من كفالة نفسه لانه لزمه المطالبة بالمال من وجهين أحدهما من جهة كفالة نفسه عن الاصيل والثاني من جهة الكفالة عن صاحبه وليس أحد الوجهين أولى من الآخر فكان له ولاية الاداء عن أيهما شاء فاذا قال أديته عن كفالة صاحبي يصدق ويرجع عليه لانه كفل عنه بأمره سواء أدى المال الى الطالب ثم قال ذلك أو قال ابتداء انى أؤدى عن كفالة صاحبي وكذا اذا قال أديته عن كفالة الاصيل فقبل منه ويرجع عليه لانه كفل عنه بأمره سواء قال ذلك بعد أداء المال الى الطالب أو عنده ابتداء وان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فأدى كل واحد منهما يكون عن نفسه الى خمسمائة ولا يقبل قوله فيه انه أدى عن شريكه لا عن نفسه بل يكون عن نفسه الى هذا القدر فلا يرجع على شريكه وكذا اذا قال ابتداء انى أؤدى عن شريكى لا عن نفسى لا يقبل منه ويكون عن نفسه الى هذا القدر ولا يرجع على شريكه ما لم يزد المؤدى على خمسمائة لان المؤدى الى خمسمائة له معارض والزيادة لا معارض لها فاذا زاد على خمسمائة يرجع بالزيادة ان شاء على شريكه وان شاء على الاصيل وكذا لو اشترى

رجلان عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بحصته من الثمن فأدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف لما ذكرنا وكذلك المتفاوضان اذا افترقا وعليهما دين فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما وأيهما أدى شيأ لا يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف لما ذكرنا هذا اذا كفلا كفالة واحدة ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه بجميع المال فأما اذا كفل كل واحد منهما كفالة متفرقة بجميع المال عن المطلوب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فأدى أحدهما شيأ يرجع بكل المؤدى على الاصيل ان شاء وان شاء يرجع بنصفه على شريكه لان حق المطالبة بجميع المال لزم كل واحد منهما من وجهين الكفالة عن نفسه والكفالة عن صاحبه على السواء فيقع المؤدى نصفه عن نفسه ونصفه عن صاحبه لتساويهما في الكفالتين بالمؤدى واذا وقع نصف المؤدى عن صاحبه فيرجع عليه ليساويه في الاداء كما ساواه في الكفالة بالمؤدى بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما أصيل في نصف المال بالكفالة عن نفسه كفيل عن صاحبه بالكفالة عنه فيكون مؤديا عن نفسه الى النصف وههنا بخلافه لما مر

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرجع به الكفيل فنقول وبالله التوفيق ان الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه حتى لو كفل عن رجل بدراهم صحاح جياد فأعطاه مكسرة أو زيوفا وتجوز به المطالبة يرجع عليه بالصحاح الجياد لانه بالاداء ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع بالمؤدى وهو الصحاح الجياد وليس هذا كالمأمور بأداء الدين له ان يرجع بالمؤدى لا بالدين لانه بالاداء ما ملك الدين بل أقرض المؤدى من الآمر فيرجع عليه بما أقرضه وكذلك لو أعطى بالدراهم دنانير أو شيأ من المكيل أو الموزون فانه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى لما ذكرنا بخلاف ما اذا صالح من الالف على خمسمائة انه يرجع بالخمسمائة لا بالالف لانه بأداء الخمسمائة ما ملك ما في ذمة الاصيل وهو الالف لانه لا يمكن ايقاع الصلح تمليكا ههنا لانه يؤدى الى الربا فيقع اسقاطا لبعض الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به وعن محمد فيمن كفل بخمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني فالصلح واقع عن الاصيل والكفيل جميعا وبرئا جميعا ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير ولو قال أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني فهذا براءة عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب بدينارين لان في الفصل الاول ايقاع الصلح على ثلاثة دنانير تصرف في نفس الحق باسقاط بعضه فكان الصلح واقعا عنهما جميعا فيبرآن جميعا ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير لانه ملك هذا القدر بالاداء فيرجع به عليه (واما) في الفصل الثاني فاضافة الصلح الى ثلاثة مقرونا بشرط الابراء المضاف الى الكفيل ابراء للكفيل عن المطالبة بدينارين وابراء الكفيل لا يوجب ابراء الاصيل فيبرأ الكفيل ويبقى الديناران على الاصيل فيأخذه الطالب منهما وبالله التوفيق

﴿كتاب الحوالة﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الحوالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الحوالة وفي بيان ما يخرج به المحال عليه عن الحوالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) ركن الحوالة فهو الايجاب والقبول الايجاب من المحيل والقبول من المحال عليه والمحال جميعا فالايجاب ان يقول المحيل للطالب أحلتك على فلان هكذا والقبول من المحال عليه والمحال أن يقول كل واحد منهما قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله ان لم يكن للمحيل على المحال عليه دين فكذلك فأما اذا كان له عليه دين فيتم بايجاب المحيل وقبول المحتال (وجه) قوله ان المحيل في هذه الصورة مستوف حق نفسه بيد الطالب فلا يقف على قبول من عليه الحق كما اذا وكله بالقبض وليس هو كالمحال لان الحوالة تصرف عليه بنقل حقه من ذمة الى ذمة مع اختلاف الذمم فلا يصح من غير رضا صاحب الحق (ولنا) ان الحوالة تصرف على المحال

عليه بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقبوله و رضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله و رضاه ولان الناس فى اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت بعضهم أسهل مطالبة واقتضاء و بعضهم أصعب فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافا الى التزامه

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى المحيل و بعضها يرجع الى المحال و بعضها يرجع الى المحال عليه و بعضها يرجع الى المحال به (أما) الذى يرجع الى المحيل فأنواع (منها) أن يكون عاقلا فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذى لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها (ومنها) أن يكون بالغا وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفا نفاذه على اجازة وليه لان الحوالة ابراء بحالها وفيها معنى المعاوضة بمالها خصوصا اذا كانت مقيدة فتنعقد من الصبي كالبيع ونحوه فأما حرية المحيل فليست بشرط لصحة الحوالة حتى تصح حوالة العبد مأذونا كان فى التجارة أو محجورا لانها ليست بتبرع بالتزام شئ كالكفالة فيملكها العبد غير انه ان كان مأذونا فى التجارة رجع عليه المحال عليه للحال اذا أدى ولم يكن للعبد عليه دين مثله و يتعلق برقبته وان كان محجورا يرجع عليه بعد العتق وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة لانها من قبل المحيل ليست بتبرع فتصح من المريض (ومنها) رضا المحيل حتى لو كان مكرها على الحوالة لا تصح لان الحوالة ابراء فيها معنى التمليك فتفسد بالاكراه كسائر التمليكات (وأما) الذى يرجع الى المحال فانواع (منها) العقل لما ذكرنا ولان قبوله ركن وغير العاقل لا يكون من أهل القبول (ومنها) البلوغ وانه شرط النفاذ لا شرط الانعقاد فينعقد احتياله موقوفا على اجازة وليه ان كان الثانى أملأ من الاول وكذا الوصي اذا احتال بمال اليتيم لا تصح الا بهذه الشريطة لانه منهى عن قربان ماله الا على وجه الاحسن للآية الشريفة فيه ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن (ومنها) الرضا حتى لو احتال مكرها لا تصح لما ذكرنا (ومنها) مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف شرط النفاذ حتى ان المحتال لو كان غائبا عن المجلس فبلغه الخبر فاجاز لا ينفذ عندهما وعند أبى يوسف ينفذ والصحيح قولهما لان قبوله من أحد الاركان الثلاثة فكان كلامهما بدون شرط العقد فلا يقف على غائب عن المجلس كما فى البيع (وأما) الذى يرجع الى المحال عليه فأنواع أيضا (منها) العقل فلا يصح من المجنون والصبي الذى لا يعقل قبول الحوالة أصلا لما ذكرنا (ومنها) البلوغ وانه شرط الانعقاد أيضا فلا يصح من الصبي قبول الحوالة أصلا لما ذكرنا وان كان عاقلا سواء كان محجورا عليه أو مأذونا فى التجارة وسواء كانت الحوالة بغير أمر المحيل أو بأمره (أما) اذا كانت بغير أمره فظاهر لانه لا يملك الرجوع على المحيل فكان تبرعا بابتدائه وانتهائه وكذلك اذا كانت بامره لانه تبرع بابتدائه فلا يملكه الصبي محجورا كان أو مأذونا فى التجارة كالكفالة وان قبل عنه وليه لا يصح أيضا لانه من التصرفات الضارة فلا يملكه الولى (ومنها) الرضا حتى لو أكره على قبول الحوالة لا يصح (ومنها) المجلس وانه شرط الانعقاد عندهما لما ذكرنا فى جانب المحيل (وأما) الذى يرجع الى المحال به فنوعان أحدهما أن يكون دينا فلا تصح الحوالة بالاعيان القائمة لانها نقل ما فى الذمة ولم يوجد والثانى أن يكون لازما فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبدل الكتابة وما يجرى مجراه لان ذلك دين تسمية لا حقيقة اذ المولى لا يجب له على عبده دين والاصل ان كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به (وأما) وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة الحوالة حتى تصح الحوالة بسواء كان للمحيل على المحال عليه دين أو لم يكن وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة والجملة فيه ان الحوالة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يحيل بالدين على فلان ولا يقيده بالدين الذى عليه والمقيدة أن يقيده بذلك والحوالة بكل واحدة من النوعين جائزة لقوله عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملئ فليتبع من غير فصل الا أن الحوالة المطلقة تخالف الحوالة المقيدة فى أحكام (منها) انه اذا أطلق الحوالة ولم يكن له على المحال عليه دين فان المحال يطلب المحال عليه بدين الحوالة لا غير وان كان له عليه دين فان المحال عليه يطالب بدينين دين الحوالة ودين المحيل فيطالبه

المحال بدين الحوالة و يطالبه المحيل بالدين الذى له عليه ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة لان الحوالة لم تتقيد بالدين الذى للمحال عليه لانها وجدت مطلقة عن هذه الشريطة فيتعلق دين الحوالة بذمته ودين المحيل بقى على حاله واذا قيدها بالدين الذى عليه ينقطع حق مطالبة المحيل لانه قيد الحوالة بهذا الدين فيتقيد به و يكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وان لم يكن رهنا على الحقيقة (ومنها) أنه لوظهرت براءة المحال عليه من الدين الذى قيدت به الحوالة بان كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بان هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لا تبطل الحوالة عنه لكن اذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل لانه قضى دينه بامره ولوظهر ذلك فى الحوالة المطلقة لا يبطل لانه لما قيد الحوالة به فقد تعلق الدين به فاذا ظهر انه لا دين فقد ظهر انه لا حوالة لان الحوالة بالدين وقد تبين انه لا دين فتبين انه لا حوالة ضرورة وهذا لا يوجد فى الحوالة المطلقة لان تعلق الدين به يوجب تقييد الحوالة ولم يوجد فلا يتعلق به الدين فيتعلق بالذمة فلا يظهر ان الحوالة كانت باطلة وكذلك لوقيد الحوالة بألف وديعة عند رجل فهلكت الالف عند المودع بطلت الحوالة ولو كانت الالف على المحال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك لانه يجب عليه مثلها (ومنها) انه اذا مات المحيل فى الحوالة المقيدة قبل أن يؤدى المحال عليه الدين الى المحال وعلى المحيل ديون سوى دين المحال وليس له مال سوى هذا الدين لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون أحق به من بين سائر الغرماء كالرهن (ولنا) الفرق بين الحوالة والرهن وهو ان المرتهن اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ألا ترى انه لو هلك يسقط دينه خاصة ولما اختص بغرمه اختص بغنمه لان الخراج بالضمان فأما المحال فى الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال ألا ترى انه لو توى لا يسقط دينه على المحيل والتوى على المحيل دونه فلما لم يختص بغرمه لم يختص بغنمه أيضا بل يكون هو وغرماء المحيل أسوة فى ذلك واذا أراد المحيل أن يأخذ المحال عليه ببقية دينه فليس له ذلك لان المال الذى قيدت به الحوالة استحق من المحال عليه فبطلت الحوالة ولو كانت الحوالة مطلقة والمسئلة بحالها يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذى عليه و يقسم بين غرماء المحيل ولا يدخل المحال فى ذلك وانما يؤخذ من المحال عليه لان الحوالة لم تتعلق به فذلك مال المحيل ولا يشاركهم المحال فى ذلك لان حقه ثبت على المحال عليه ولا يعود الى المحيل ولكن القاضى يأخذ من غرماء المحيل كفيلا لانه ثبت الرجوع اليهم لاحد رجلين (اما) المحال اذا توى ماعلى الآخر وأما المحال عليه اذا أدى الدين فالقاضى نصب ناظر الامور المسلمين فيحتاط فى ذلك بأخذ الكفيل

﴿ فصل ﴾ واما بيان حكم الحوالة فنقول و بالله التوفيق الحوالة لها أحكام (منها) براءة المحيل وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر الحوالة لا توجب براءة المحيل والحق فى ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كالكفالة سواء (وجه) قوله ان الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة فى مطالبة الثانى مع بقاء الدين على حاله فى ذمة الاول من غير تغيير كما فى الكفالة سواء (ولنا) أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازما فيها والشئ اذا انتقل الى موضع لا يبقى فى المحل الاول ضرورة ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملاءة والانصاف ولو كفل بشرط براءة الاصيل جاز وتكون حوالة لانه أتى بمعنى الحوالة واختلف مشايخنا المتأخرون فى كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجبا للحوالة قال بعضهم انها نقل المطالبة والدين جميعا وقال بعضهم انها نقل المطالبة فحسب فأما أصل الدين فباق فى ذمة المحيل (وجه) قول الاولين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فلانا أجمعنا على انه لو ابرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والهبة ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح ولولا أن الدين انتقل الى ذمة المحال عليه وفرغت ذمة المحيل عن الدين لما صح الاول لان الابراء عن الدين وهبة الدين ولا دين محال ولصح الثانى لان الابراء عن دين ثابت وهبته منه صحيح وان تأخرت المطالبة كالابراء عن الدين المؤجل (وأما) المعقول فلان الحوالة توجب النقل لانها

مشتقة من التحويل وهو النقل فيقتضى نقل ما أضيف اليه وقد أضيف الى الدين لا الى المطالبة لانه اذا قال أحلت بالدين أو أحلت فلانا بدينه فيوجب انتقال الدين الى المحال عليه الا أنه اذا انتقل أصل الدين اليه تنتقل المطالبة لانها تابعة (وجه) قول الآخرين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فان المحيل اذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدى المحال عليه لا يكون متطوعا و يجبر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعا فينبغى أن لا يجبر على القبول كما اذا تطوع أجنبي بقضاء دين انسان على غيره وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده ولو وهبه منه يرتد برده كما اذا أبرأ الطالب الكفيل أو وهب منه ولو انتقل الدين الى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم الابراء والهبة ولا ارتدا جميعا بالرد كما لو أبرأ الاصيل أو وهب منه وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرجع على المحيل وان كانت الحوالة بأمره كما فى الكفالة ولو وهب الدين منه له أن يرجع عليه اذا لم يكن للمحيل عليه دين كما فى الكفالة ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصا كالكفالة سواء فدلت هذه الاحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة ثم ان الدين فى باب الكفالة ثابت فى ذمة الاصيل فكذا فى الحوالة (وأما) المعقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة وليس من الوثيقة ابراء الاول بل الوثيقة فى نقل المطالبة مع قيام اصل الدين فى ذمة المحيل (ومنها) ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين فى ذمته أو فى ذمة المحيل على حسب ما ذكرنا من اختلاف المشايخ فيه لان الحوالة أوجبت النقل الى ذمة المحال عليه بدين فى ذمته اما نقل الدين والمطالبة جميعا واما نقل المطالبة لا غير وذلك يوجب حق المطالبة للمحال على المحال عليه (ومنها) ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل اذا لازمه المحال فكلما لازمه المحال فله أن يلازم المحيل ليتخلص عن ملازمة المحال واذا حبسه له أن يحبسه اذا كانت الحوالة بأمر المحيل ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل لانه هو الذى أوقعه فى هذه العهدة فعليه تخليصه منها وان كانت الحوالة بغير أمره أو كانت بأمره ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله والحوالة مقيدة لم يكن للمحال عليه أن يلازم المحيل اذا لوزم ولا أن يحبسه اذا حبس لان الحوالة اذا كانت بغير أمر المحيل كان المحال عليه متبرعا وان كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فلو لازمه المحال عليه لكان للمحيل أن يلازمه أيضاً فلا يفيد والله عزوجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة فنقول و بالله التوفيق انه يخرج من الحوالة بانتهاء حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهى بأشياء (منها) فسخ الحوالة لان فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتملة للفسخ ومتى فسخ تعود المطالبة الى المحيل (ومنها) التوى عند علمائنا وعند الشافعى رحمه الله حكم الحوالة لا ينتهى بالتوى ولا تعود المطالبة الى المحيل واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحيل على ملىء فليتبع ولم يفصل عليه الصلاة والسلام ولان الحوالة مبرئة بلا خلاف وقد عقدت مطلقة عن شريطة السلامة فتفيد البراءة مطلقا (ولنا) ماروى عن سيدنا عثمان رضى الله أنه قال فى المحال عليه اذا مات مفلساً عاد الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم وعن شريح مثل ذلك ذكره محمد فى الاصل ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافه فكان اجماعا ولان الدين كان ثابتاً فى ذمة المحيل قبل الحوالة والاصل أن الدين لا يسقط الا بالقضاء قال النبي عليه الصلاة والسلام الدين مقضى الا أنه الحق الابراء بالقضاء فى السقوط والحوالة ليست بقضاء ولا ابراء فبقى الدين فى ذمته على ما كان قبل الحوالة الا أن بالحوالة انتقلت المطالبة الى المحال عليه لكن الى غاية التوى لان حياة الدين بالمطالبة فاذا توى لم تبق وسيلة الى الاحياء فعادت الى محلها الاصلى ولا حجة له فى الحديث لانه عليه الصلاة والسلام علق الحكم بشريطة الملاءة وقد ذهبت بالافلاس ثم التوى عند أبى حنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما أحدهما أن يموت المحال عليه مفلسا والثانى أن يجحد الحوالة و يحلف ولا بينة للمحال وقد قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله و بثالث وهو أن يفلس المحال عليه حال حياته و يقضى القاضى بافلاسه بناء على أن القاضى يقضى بالافلاس حال

حياته

حيابه عندهما وعنده لا يقضى به (ومنها) اداء المحال عليه المال الى المحال فاذا أدى المال خرج عن الحوالة اذ لا فائدة فى بقائها بعد انتهاء حكمها (ومنها) أن يهب المحال المال للمحال عليه ويقبله (ومنها) أن يتصدق به عليه ويقبله لان الهبة والصدقة فى معنى الابراء (ومنها) أن يموت المحال فيرثه المحال عليه (ومنها) أن يبرئه من المال والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان الرجوع فجملة الكلام فى الرجوع فى موضعين فى بيان شرائط الرجوع وفى بيان ما يرجع به أما شرائطه فانواع (منها) أن تكون الحوالة بامر المحيل فان كانت بغير أمره لا يرجع بان قال رجل للطالب ان لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على فرضى بذلك الطالب جازت الحوالة الا أنه اذا أدى لا يرجع على المحيل لان الحوالة اذا كانت بامر المحيل صار المحال مملكا الدين من المحال عليه بما أدى اليه من المال فكان له أن يرجع بذلك على المحيل وان كانت بغير أمره لا يوجد معنى التمليك فلا تثبت ولاية الرجوع (ومنها) اداء مال الحوالة أو ما هو فى معنى الاداء كالهبة والصدقة اذا قبل المحال عليه وكذا اذا ورثه المحال عليه لان الارث من أسباب الملك فاذا ورثه فقد ملكه فكان له حق الرجوع ولو ابرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل لان الابراء اسقاط حقه فلا يعتبر فيه جانب التمليك الا عند اشتغاله بالرد فاذا لم يوجد بقى اسقاطا محضا فلم يملك المحال عليه شيأ فلا يرجع (ومنها) أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله فان كان لا يرجع لان الدينين التقيا قصاصا لانه لو رجع على المحيل لرجع المحيل عليه أيضا فلا يفيد فيتقاصا الدينين فبطل حق الرجوع (وأما) بيان ما يرجع به فنقول وبالله التوفيق ان المحال عليه يرجع بالمحال به لا بالمؤدى حتى لو كان الدين المحال به دراهم فنقد المحال عليه دنانير عن الدراهم أو كان الدين دنانير فنقده دراهم عن الدنانير فتصارفا جاز ويراعى فيه شرائط الصرف حتى لو افترقا قبل القبض أو شرطا فيه الاجل والخيار يبطل الصرف ويعود الدين الى حاله واذا صحت المصارفة فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدى لان الرجوع بحكم الملك وأنه يملك دين الحوالة لا المؤدى بخلاف المأمور بقضاء الدين لما ذكرنا فى كتاب الكفالة وكذا اذا باعه بالدراهم أو الدنانير عرضا يرجع بمال الحواله لما ذكرنا وكذا اذا أعطاه زيوفا مكان الجياد وتجوز بها المحال رجع على المحيل بالجياد لما قلنا ولو صالح المحال المحال عليه فان صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقى يرجع على المحيل بالقدر المؤدى لانه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به وان صالح على خلاف جنس حقه بان صالحه من الدراهم على دنانير أو على مال آخر يرجع على المحيل بكل الدين لان الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمؤدى يصلح عوضا على كل الدين ولو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل لم يكن لك على شئ وانما أنت وكيلى فى القبض والمقبوض لى وقال المحال لا بل أحلتنى بألف كانت لى عليك فالقول قول المحيل مع يمينه لان المحال يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب الوكالة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان معنى التوكيل لغة وشرعا وفى بيان ركن التوكيل وفى بيان شرائط الركن وفى حكم التوكيل وفى بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أما الاول فالتوكيل اثبات الوكالة والوكالة فى اللغة تذكر ويراد بها الحفظ قال الله عز وجل وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل أى الحافظ وقال تبارك وتعالى لا اله الا هو فاتخذه وكيلا قال الفراء أى حفيظا وتذكر ويراد بها الاعتماد وتفويض الامر قال الله تعالى وعلى الله فليتوكل المتوكلون وقال الله تعالى عز وجل خبرا عن سيدنا هود عليه الصلاة والسلام انى توكلت على الله ربى وربكم أى اعتمدت على الله وفوضت أمرى اليه وفى الشريعة يستعمل فى هذين المعنيين أيضا على تقرير الوضع اللغوى وهو تفويض التصرف والحفظ الى الوكيل ولهذا قال أصحابنا ان من قال لآخر وكلتك فى كذا أنه يكون وكيلا فى الحفظ

لانه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ركن التوكيل فهو الايجاب والقبول فالايجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو اذنت لك أن تفعل كذا ونحوه والقبول من الوكيل أن يقول قبلت وما يجرى مجراه فما لم يوجد الايجاب والقبول لا يتم العقد ولهذا لو وكل انسانا بقبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم لان تمام العقد بالايجاب والقبول وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر كما في البيع ونحوه ثم ركن التوكيل قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بالشرط نحو أن يقول ان قدم زيد فأنت وكيلي في بيع هذا العبد وقد يكون مضافا الى وقت بان يقول وكلتك في بيع هذا العبد غدا او يصير وكيلا في الغد فما بعده ولا يكون وكيلا قبل الغد لان التوكيل اطلاق التصرف والاطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت كالطلاق والعتاق واذن العبد في التجارة والتمليكات كالبيع والهبة والصدقة والابراء عن الديون والتقييدات كعزل الوكيل والحجر على العبد المأذون والرجعة والطلاق الرجعي لا يحتمل ذلك

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى الموكل و بعضها يرجع الى الوكيل و بعضها يرجع الى الموكل به أما الذى يرجع الى الموكل فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه لان التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف الى غيره فما لا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض الى غيره فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذى لا يعقل أصلا لان العقل من شرائط الاهلية ألا ترى أنهما لا يملكان التصرف بانفسهما وكذا من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضة ويصح بالتصرفات النافذة كقبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى لانه مما يملكه بنفسه بدون اذن وليه فيملك تفويضه الى غيره بالتوكيل وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والاجارة فان كان مأذونا له في التجارة يصح منه التوكيل بها لانه يملكها بنفسه وان كان محجورا ينعقد موقوفا على اجازة وليه وعلى اذن وليه بالتجارة أيضا كما اذا فعل بنفسه لان في انعقاده فائدة لوجود المجيز للحال وهو الولى ولا يصح من العبد المحجور ويصح من المأذون والمكاتب لانهما يملكان بانفسهما فيملكان بالتفويض الى غيرهما بخلاف المحجور وأما التوكيل من المرتد فموقوف ان أسلم ينفذ وان قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب يبطل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد هو نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده لوقوف املاكه وعندهما نافذة لثبوت أملاكه ويجوز التوكيل من المرتدة بالاجماع لان تصرفاتها نافذة بلا خلاف وأما الذى يرجع الى الوكيل فهو أن يكون عاقلا فلا تصح وكالة المجنون والصبي الذى لا يعقل لما قلنا وأما البلوغ والحرية فليسا بشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبي العاقل والعبد مأذونين كانا أو محجورين وهذا عند أصحابنا وقال الشافعى رحمه الله وكالة الصبي غير صحيحة لانه غير مكلف ولا تصح وكالة المجنون (ولنا) ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت ان أوليائي غيب يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم ليس فيهم من يكرهني ثم قال لعمرو بن أم سلمة قم فزوج أمك منى فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان صبيا والاعتبار بالمجنون غير سديد لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية وقد انعدم هنالك ووجد هنا فتصح وكالته كالبالغ الا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع الى الوكيل اذا كان بالغا واذا كان صبيا ترجع الى الموكل لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا ردة الوكيل لا تمنع صحة الوكالة فتجوز وكالة المرتد بان وكل مسلم مرتدا لان وقوف تصرفات المرتد لوقوف ملكه والوكيل يتصرف في ملك الموكل وانه نافذ التصرفات وكذا لو كان مسلما وقت التوكيل ثم ارتد فهو على وكالته لما قلنا الا أن يلحق بدار الحرب فتبطل وكالته لما نذكر في موضعه (وأما) علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة لا خلاف في أن العلم بالتوكيل في الجملة شرط اما علم الوكيل واما علم من يعامله حتى انه لو وكل رجلا ببيع عبده فباعه الوكيل من رجل قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل لا يجوز بيعه حتى

يجيزه

يجيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة لان حكم الآمر لا يلزم الا بعد العلم بالمأمور به أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالمأمور به كما في أوامر الشرع (وأما) علم الوكيل على التعيين بالتوكيل فهل هو شرط ذكر في الزيادات انه شرط وذكر في الوكالة انه ليس بشرط فانه قال اذا قال الموكل لرجل اذهب بعبدي هذا الى فلان فيبيعه فلان منك فذهب الرجل بالعبد اليه واخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه فاشتراه منه صح شراؤه وان لم يخبره بذلك فالبيع جائز كذا ذكر محمد في كتاب الوكالة وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل وذكر في الزيادات انه لا يجوز البيع وصورة المسألة في الصبي المأذون وذكر في المأذون الكبير ما يدل على جواز البيع فانه قال اذا قال المولى لقوم بايعوا عبدي فاني قد أذنت له في التجارة فبايعوه جاز وان لم يعلم العبد باذن المولى لهم بالمبايعة وليس التوكيل كالوصاية فان من أوصى الى رجل غائب أي جعله وصياً بعد موته ثم مات الموصي ثم ان الوصي باع شيأ من تركة الميت قبل علمه بالوصاية والموت فان بيعه جائز استحسانا ويكون ذلك قبولا منه للوصاية حتى لا يملك اخراج نفسه منها والقياس أن لا يجوز والفرق أن الوصي خلف عن الموصي قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث ولو باع الوارث تركة الميت بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه فكذا الوصي بخلاف التوكيل لانه أمر من الموكل وحكم الامر لا يلزم الا بعد العلم أو سببه على ما مر فاذا ثبت أن العلم بالتوكيل شرط فان كان التوكيل بحضرة الموكل أو كتب الموكل بذلك كتابا اليه فبلغه وعلم ما فيه أو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة أو أخبره بالتوكيل رجلان أو رجل واحد عدل صار وكيلا بالاجماع وان أخبره بذلك رجل واحد غير عدل فان صدقه صار وكيلا أيضا وان لم يصدقه ينبغي أن يكون على الاختلاف في العدل عند أبي حنيفة لا يكون وكيلا وعند أبي يوسف ومحمد يكون وكيلا كما في العزل على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يرجع الى الموكل فانه يرجع الى الموكل به فانه يرجع الى بيان ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز والجملة فيه ان التوكيل لا يخلو اما أن يكون بحقوق الله عز وجل وهي الحدود واما أن يكون بحقوق العباد والتوكيل بحقوق الله عز وجل نوعان أحدهما بالاثبات والثاني بالاستيفاء أما التوكيل باثبات الحدود فان كان حدا لا يحتاج فيه الى الخصومة كحد الزنا وشرب الخمر فلا يتقدر التوكيل فيه بالاثبات لانه يثبت عند القاضي بالبينة أو الاقرار من غير خصومة وان كان مما يحتاج فيه الى الخصومة كحد السرقة وحد القذف فيجوز التوكيل باثباته عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز ولا تقبل البينة فيهما الا من الموكل وكذلك الوكيل باثبات القصاص على هذا الخلاف (وجه) قول أبي يوسف انه كما لا يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء فكذا بالاثبات لان الاثبات وسيلة الى الاستيفاء ولهما الفرق بين الاثبات والاستيفاء وهو ان امتناع التوكيل في الاستيفاء لمكان الشبهة وهي منعدمة في التوكيل بالاثبات (وأما) التوكيل باستيفاء حد القذف والسرقة فان كان المقذوف والمسروق منه حاضرا وقت الاستيفاء جاز لان ولاية الاستيفاء الى الامام وانه لا يقدر على أن يتولى الاستيفاء بنفسه على كل حال وان كان غائبا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز لان عدم الجواز لاحتمال العفو والصلح وانه لا يحتملهما وقال بعضهم لا يجوز لانه ان كان لا يحتمل العفو والصلح فيحتمل الاقرار والتصديق وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز التوكيل باستيفاء حد القذف كيفما كان (وجه) قوله ان هذا حقه فكان بسبيل من استيفائه بنفسه وبنائبه كما في سائر الحقوق (ولنا) الفرق على قول بعض المشايخ وهو ما ذكرنا انه يحتمل أنه لو كان حاضر الصدق الرامي فيما رماه أو يترك الخصومة فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة والشبهة لا تمنع من استيفاء سائر الحقوق ويجوز التوكيل بالتعزير اثباتا واستيفاء بالاتفاق وللوكيل أن يستوفي سواء كان الموكل غائبا أو حاضرا لانه حق العبد ولا يسقط بالشبهات بخلاف الحدود والاختصاص ولهذا ثبت بشهادة رجل وامرأتين فأشبه سائر الحقوق بخلاف الحد والقصاص (وأما) التوكيل باستيفاء القصاص فان كان الموكل وهو المولى حاضرا جاز لانه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج الى التوكيل وان كان غائبا لا يجوز لان احتمال العفو قائم لجواز أنه لو كان حاضرا

لعفا فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة وهذا المعنى منعدم حالة الحضرة وعند الشافعي رحمه الله يجوز وان كان غائباً والكلام في الطرفين على نحو ما ذكرنا في حد القذف (وأما) التوكيل بحقوق العباد فنقول و بالله التوفيق حقوق العباد على نوعين نوع لا يجوز استيفاؤه مع الشبهة كالقصاص وقد مر حكم التوكيل باثباته و باستيفائه ونوع يجوز استيفاؤه وأخذه مع الشبهة كالديون والاعتاق وسائر الحقوق سوى القصاص فنقول لا خلاف انه يجوز التوكيل بالخصومة في اثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل والاصل فيه ما روى عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما ان سيدنا عليا رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها لحماً يحضرها الشياطين فجعل الخصومة الى عقيل رضي الله عنه فلما كبر و رق حولها الى وكان على يقول ما قضى لوكيلي فلي وما قضى على وكيلي فعلي ومعلوم أن سيدنا عليا رضي الله عنه لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله فكان توكيله برضا الخصم فدل على الجواز برضا الخصم واختلف في جوازه بغير رضا الخصم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز من غير عذر المرض والسفر وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في الاحوال كلها وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الجصاص انه لا فصل في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والبكر والثيب لكن المتأخرين من أصحابنا استحسنوا في المرأة اذا كانت مخدرة غير برزة فجوزوا توكيلها وهذا استحسان في موضعه وقال ابن أبي ليلى لا يجوز الا توكيل البكر وهذا غير سديد لما نذكر (وجه) قولهم ان التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل فلا يقف على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين ودلالة ذلك ان الدعوى حق المدعى والانكار حق المدعى عليه فقد صادف التوكيل من المدعى والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خاصمه بنفسه ولابي حنيفة رحمه الله أن الحق هو الدعوى الصادقة والانكار الصادق ودعوى المدعى خبر يحتمل الصدق والكذب والسهو والغلط وكذا انكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضة خبر المدعى فلم يكن كل ذلك حقاً فكان الاصل أن لا يلزم به جواب الا أن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية الى الفساد واحياء الحقوق الميتة وحق الضرورة يصير مقضياً بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة مع ما ان الناس في الخصومات على التفاوت بعضهم أشد خصومة من الآخر فربما يكون الوكيل الحن بحجته فيعجز من يخاصمه عن احياء حقه فيتضرر به فيشرط رضا الخصم ليكون لزوم الضرر مضافاً الى التزامه واذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه فلو لم يملك النقل الى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلكت وهذا لا يجوز وكذلك اذا كانت المرأة مخدرة مستورة لانها تستحي عن الحضور لمحافل الرجال وعن الجواب بعد الخصومة بكرا كانت أو ثيباً فيضيع حقها (وأما) في مسألتنا فلا ضرورة ولو وكل بالخصومة واستثنى الاقرار وتزكية الشهود في عقد التوكيل بكلام منفصل جاز و يصير وكيلا بالانكار وسواء كان التوكيل من الطالب أو من المطلوب في ظاهر الرواية و روى عن محمد أنه اذا وكل الطالب واستثنى الاقرار يجوز وان وكل المطلوب لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لان استثناء الاقرار في عقد التوكيل انما جاز لحاجة الموكل اليه لان الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله عند أصحابنا الثلاثة ولو أطلق التوكيل من غير استثناء لتضرر به الموكل وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين التوكيل من الطالب والمطلوب لان كل واحد منهما يحتاج الى التوكيل بالخصومة هذا اذا وكل بالخصومة واستثنى الاقرار في العقد فاما اذا وكل مطلقاً ثم استثنى الاقرار في كلام منفصل يصح عند أبي يوسف وعند محمد لا يصح (وأما) التوكيل بالاقرار فذكر في الاصل انه يجوز وذكر الطحاوي انه لا يجوز و يجوز التوكيل بالخصومة من المضارب والشريك شركة العنان والمفاوضة والعبد المأذون والمكاتب لانهم يملكون الخصومة بأنفسهم فيملكون تفويضها الى غيرهم بالتوكيل و يجوز من الذمي كما يجوز من المسلم لان حقوقهم مصونة مرعية عن الضياع كحقوقنا و يجوز التوكيل بقبض الدين لان الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج

الى

الى التفويض الى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات الا أن التوكيل بقبض رأس مال السلم و بدل الصرف انما يجوز فى المجلس لان الموكل انما يملك القبض فيه لا فى غيره واذا قبض الدين من الغريم برئ الغريم لان القبض الصحيح يوجب البراءة وتجوز الوكالة بقضاء الدين لانه يملك القضاء بنفسه وقد لا يتهيأ له القضاء بنفسه فيحتاج الى التفويض الى غيره سواء كان الموكل حرا أو عبدا مأذونا أو مكاتبا لانهما يملكان القضاء بأنفسهما فيملكان التفويض الى غيرهما أيضاً و يجوز بطلب الشفعة و بالرد بالعيب و بالقسمة لان هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه فيملك توليتها غيره و يجوز بالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والاعتاق على مال والصلح على انكار لانه يملك هذه التصرفات بنفسه فيملك تفويضها الى غيره وتجوز الهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والاستعارة والاستيهاب والارتهان لما قلنا ويجوز بالشركة والمضاربة لما قلنا ويجوز بالاقراض والاستقراض الا أن فى التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل الا اذا بلغ على وجه الرسالة بأن يقول أرسلنى فلان اليك ليستقرض كذا و يجوز التوكيل بالصلح و بالابراء ويجوز بالطلاق والعتاق والاجارة والاستئجار لما قلنا و يجوز بالسلم والصرف لانه يملكهما بنفسه فيملك تفويضهما الى غيره الا أن قبض البدل فى المجلس شرط بقاء العقد على الصحة والعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لان حقوق العقد راجعة اليهما لما نذكر فاذا تقابض الوكيلان فى المجلس فقد وجد القبض المستحق قبل الافتراق فيبقى العقد على الصحة بخلاف الرسولين اذا تقابضا فى المجلس ثم افترقا انه يبطل العقد لان حقوق العقد لا ترجع الى الرسول فلا يقع قبضهما عن المستحق بالعقد فاذا افترقا فقد حصل الافتراق لا عن قبض فيبطل العقد بخلاف الوكيلين على ما مر ولا تعتبر مفارقة الموكل لان الحقوق لا ترجع اليه بل هو أجنبى عنها فبقاؤه وافتراقه بمنزلة واحدة و يجوز التوكيل بالبيع والشراء لانهما مما يملك الموكل مباشرتهما بنفسه فيملك التفويض الى غيره الا أن لجواز التوكيل بالشراء شرط وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة فى أحد نوعى الوكالة دون النوع الآخر و بيان ذلك ان التوكيل بالشراء نوعان عام وخاص فالعام أن يقول له اشتر لى ما شئت أو ما رأيت أو أى ثوب شئت أو أى دار شئت أو ما تيسر لك من الثياب ومن الدواب و يصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والثمن لانه فوض الرأى اليه فيصح مع الجهالة الفاحشة كالبضاعة والمضاربة والخاص أن يقول اشتر لى ثوبا أو حيوانا أو دابة أو جوهرا أو عبدا أو جارية أو فرسا أو بغلا أو حمارا أو شاة والاصل فيه ان الجهالة ان كانت كثيرة تمنع صحة التوكيل وان كانت قليلة لا تمنع وهذا استحسان والقياس أن يمنع قليلها وكثيرها ولا يجوز الا بعد بيان النوع والصفة ومقدار الثمن لان البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة اليسيرة فلا يصح التوكيل بهما أيضا (وجه) الاستحسان ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشترى له به أضحية ولو كانت الجهالة القليلة مانعة من صحة التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لان جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الاضحية و بقدر الثمن ولان الجهالة القليلة فى باب الوكالة لا تفضى الى المنازعة لان مبنى التوكيل على الفسحة والمسامحة فالظاهر انه لا تجوز المنازعة فيه عند قلة الجهالة بخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة لكونه معاوضة المال بالمال فالجهالة فيه وان قلت تفضى الى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق واذا ثبت ان الجهالة القليلة غير مانعة ففى كل موضع قلت الجهالة صح التوكيل بالشراء والا فلا فينظر ان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه مما يقع على أنواع مختلفة لا يجوز التوكيل به الا بعد بيان النوع وذلك نحو ان يقول اشتر لى ثوبا لان اسم الثوب يقع على أنواع مختلفة من ثوب الابريسم والقطن والكتان وغيرهما فكانت الجهالة كثيرة فمنعت صحة التوكيل فلا يصح وان سمى الثمن لان الجهالة بعد بيان الثمن متفاحشة فلا تقل الا بذكر النوع بأن يقول اشتر لى ثوبا هرويا فان سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال اشتر لى حيوانا أو قال اشتر لى دابة أو أرضا أو مملوكا أو جوهرا أو حبوبا لان كل واحد منها اسم جنس يدخل تحته أنواع مختلفة فلا بد من ذكر النوع بأن يقول ثوبا هرويا فاذا سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال

اشترلى دارا لا يصح لان بين الدار والدار تفاوتا فاحشا فان عين الدار يجوز وان لم يعين ولكنه بين الثمن جاز أيضا ويقع على دور المصر الذى وقع فيه الوكيل لان الجهالة تقل بعد بيان الثمن وروى عن أبى يوسف انه لا يصح التوكيل بعد بيان الثمن حتى يعين مصرا من الامصار ولو قال اشترلى دارا فى موضع كذا أو حبة لؤلؤ أو فص ياقوت أحمر ولم يسم الثمن لا يجوز لان التفاوت متفاحش والصفة لا تصير معلومة بحال الموكل فلا بد من بيان الثمن وان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه لا يقع الا على نوع واحد يكتفى فيه بذكر أحد أمرين اما الصفة بأن قال اشترلى عبدا تركيا أو مقدار الثمن بأن قال اشترلى عبدا بألف درهم لان الجهالة تقل بذكر أحدهما وبحال الموكل لان الصفة تصير معلومة بذكر الثمن وان لم يذكرها واذا ذكر الصفة يصير الثمن معلوما بحال الآمر فيما يشتريه أمثاله عادة حتى انه لو خرج المشترى عن عادة أمثاله لا يلزم الموكل كذا روى عن أبى يوسف فيمن قال اشترلى خادما من جنس كذا ان ذلك يقع على ما يتعامله الناس من ذلك الجنس فان كان الثمن كثيرا لا يتعامل الناس به لم يجز على الآمر وكذا البدوى اذا قال اشترلى خادما حبشيا فهو على ما يعتاده أهل البادية وهذا كله اعتبار حال الموكل فان لم يذكر أحدهما أصلا فالوكالة باطلة لان الجهالة فحشت بترك ذكرهما جميعا فمنعت صحة الوكالة ولو قال اشترلى حمارا أو بغلا أو فرسا أو بعيرا ولم يذكر له صفة ولا ثمنا قالوا انه يجوز لان النوع صار معلوما بذكر الحمار والبغل والفرس والبعير والصفة تصير معلومة بحال الموكل وكذا الثمن فينظر ان اشترا حمارا بمثل قيمته أو بأقل أو بأكثر قدر ما يتغابن الناس فى مثله جاز على الموكل اذا كان الحمار مما يشترى مثله الموكل وان كان مما لا يشترى مثله الموكل لا يجوز على الموكل ويلزم الوكيل وان اشتراه بمثل قيمته نحو ان يكون الموكل مكاريا فاشترى الوكيل حمارا مصريا يصلح للركوب لان مثله يشترى الحمار للعمل والحمل لا للركوب ولو قال اشترلى شاة أو بقرة ولم يذكر صفة ولا ثمنا لا يجوز لان الشاة والبقرة لا تصير معلومة الصفة بحال الموكل ولا بد وان يكون أحدهما معلوما لما بينا ولو قال اشترلى حنطة لا يصح التوكيل ما لم يذكر أحد شيئين اما قدر الثمن واما قدر المثمن وهو المكيل لان الجهالة لا تقل الا بذكر أحدهما وعلى هذا جميع المقدرات من المكيلات والموزونات ولو وكله ليشترى له طيلسانا لا يصح الا بعد بيان الثمن والنوع لان الجهالة لا تقل الا بعد بيان أحدهما والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم التوكيل فنقول وبالله التوفيق حكم التوكيل صيرورة المضاف اليه وكيلا لان التوكيل اثبات الوكالة وللوكالة أحكام (منها) ثبوت ولاية التصرف الذى تناوله التوكيل فيحتاج الى بيان ما يملكه الوكيل من التصرف بموجب التوكيل بعد صحته ومالا يملكه فنقول وبالله التوفيق الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله فى الجملة عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يملك والاب والوصى وأمين القاضى لا يملك الاقرار على الصغير بالاجماع (وجه) قولهما ان الوكيل بالخصومة وكيل بالمنازعة والاقرار مسالمة فلا يتناوله التوكيل بالخصومة فلا يملكه الوكيل (ولنا) ان التوكيل بالخصومة وكيل بالجواب الذى هو حق عند الله عز وجل وقد يكون ذلك انكارا وقد يكون اقرارا فاذا أقر على موكله دل ان الحق هو الاقرار فينفذ على الموكل كما اذا أقر على موكله وصدقه الموكل ثم اختلف أصحابنا الثلاثة فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد يصح اقراره فى مجلس القاضى لا فى غيره وقال أبو يوسف يصح فيه وفى غيره (وجه) قوله ان التوكيل تفويض ما يملكه الموكل الى غيره واقرار الموكل لا تقف صحته على مجلس القاضى فكذا اقرار الوكيل ولهما انه فوض الامر اليه لكن فى مجلس القاضى لان التوكيل بالخصومة أو بجواب الخصومة وكل ذلك يختص بمجلس القاضى ألا ترى ان الجواب لا يلزم فى غير مجلس القاضى وكذا الخصومة لا تندفع باليمين فى غير مجلس القاضى فتتقيد بمجلس القاضى الا أنه اذا أقر فى غير مجلس القاضى يخرج عن الوكالة وينعزل لانه لو بقى وكيلا لبقى وكيلا بالاقرار عينا لان الانكار لا يسمع منه للتناقض والاقرار عينا غير موكل به والوكيل بالخصومة فى مال اذا قضى القاضى به يملك قبضه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يملك (وجه) قوله ان

المطلوب من الوكيل بالخصومة الاهتداء ومن الوكيل بالقبض الامانة وليس كل من يهتدى الى شئ يؤتمن عليه فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلا بالقبض (ولنا) انه لما وكله بالخصومة فى مال فقد أئتمنه على قبضه لان الخصومة فيه لا تنتهى الا بالقبض فكان التوكيل بها توكيلا بالقبض والوكيل بتقاضى الدين يملك القبض فى ظاهر الرواية لان حق التقاضى لا ينقطع الا بالقبض فكان التوكيل به توكيلا بالقبض ولان التقاضى والاقتضاء والاستيفاء واحد الا أن المتأخرين من أصحابنا قالوا انه لا يملك فى عرف ديارنا لان الناس فى زماننا لا يرضون بقبض المتقاضى كالوكلاء على أبواب القضاة لتهمة الخيانة فى أموال الناس والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة فى اثبات الدين اذا أنكر الغريم عند أبى حنيفة وعندهما لا يملك وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة أيضا فيملك اقامة البينة وكذا لو أقام المدعى عليه البينة ان صاحب الدين استوفى منه أو أبرأه عنه قبلت بينته عنده وعندهما لا تقبل ولا يملك وأجمعوا فى الوكيل بقبض العين اذا أنكر من فى يده انه لا يملك الخصومة حتى لا يملك اقامة البينة ولو أقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من الذى وكله بالقبض لا تسمع منه بينته فى اثبات الشراء ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل فى الحال الى أن يحضر الموكل وقالوا فى الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة انه يملك الخصومة (وجه) قولهما أن التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء عين الحق فلا يتعدى الى الخصومة كالتوكيل بقبض العين ولابى حنيفة أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة والحقوق فى مبادلة المال بالمال تتعلق بالعاقد كما فى البيع والاجارة ودلالة ذلك أن استيفاء عين الدين لا يتصور لان الدين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو فعل تسليم المال واما أن يكون عبارة عن مال حكمى فى الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاؤه ولكن استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة وهو مبادلة المأخوذ العين بما فى ذمة الغريم وتمليكه بهذا القدر المأخوذ من المال فأشبه البيع والخصومة فى حقوق مبادلة المال بالمال فيملكه الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن لان ذلك توكيل باستيفاء عين الحق لا بالمبادلة لان عينه مقدور الاستيفاء فلا يملك الخصومة فيها الا بأمر جديد فهو الفرق بين الفصلين فاذا لم يملك الخصومة لا تسمع بينة المدعى عليه على الشراء من الموكل بالقبض لانها بينة قامت لا على خصم ولكنها تسمع فى دفع قبض الوكيل ويجوز أن تكون البينة مسموعة من وجه دون وجه كمن وكل انسانا بنقل زوجته الى حيث هو فطالبها الوكيل بالانتقال فأقامت البينة على ان زوجها طلقها ثلاثا تسمع هذه البينة فى اندفاع حق الوكيل فى النقل ولا تسمع فى اثبات الحرمة كذا هذا وكذلك الوكيل بأخذ الدار بالشفعة وكيل بالمبادلة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وكذا الرد بالعيب والقسمة فيهما معنى المبادلة فكانت الخصومة فيهما من حقوقها فيملكها الوكيل كالوكيل بالبيع والوكيل بالقبض اذا أراد أن يوكل غيره هذا على وجهين (اما) ان كانت الوكالة عامة بأن قال له وقت التوكيل بالقبض اصنع ما شئت أو ما صنعت من شئ فهو جائز على أو نحو ذلك (واما) ان كانت خاصة بان لم يقل ذلك عند التوكيل بالقبض فان كانت عامة يملك أن يوكل غيره بالقبض لان الاصل فيما يخرج مخرج العموم اجراؤه على عمومه وان كانت خاصة فليس له أن يوكل غيره بالقبض لان الوكيل يتصرف بتفويض الموكل فيملك قدر ما فوض اليه فان فعل ذلك وقبض الوكيل الثانى لم يبرأ الغريم من الدين لان توكيله بالقبض اذا لم يصح فقبضه وقبض الاجنبى سواء فان وصل الى يد الوكيل الاول برئ الغريم لانه وصل الى يد من هو نائب الموكل فى القبض وان هلك فى يده قبل أن يصل الى الوكيل الاول ضمن القابض للغريم لان قبضه بجهة استيفاء الدين والقبض بجهة استيفاء الدين قبض بجهة المبادلة على ما مر والمقبوض بجهة المبادلة مضمون على القابض كالمقبوض على سوم الشراء وكان له أن يرجع بما ضمن على الوكيل الاول لانه صار مغرورا من جهته بتوكيله بالقبض فيرجع عليه اذ كل غار ضامن للمغرور بما لحقه من العهدة فيرجع عليه بضمان الكفالة ولا يبرأ الغريم من الدين لما قلنا ان توكيله بالقبض لم يصح فكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه واذا أخذه منه رجع الغريم على الوكيل الثانى لما قلنا ويرجع الوكيل الثانى على الاول بحكم الغرور لما قلنا ان الوكيل بقبض الدين للموكل على انسان معين أو فى بلد

معين لا يملك أن يتعدى الى غيره لان المتصرف بحكم الآمر لا يملك التعدى عن موضع الامر وليس للوكيل بقبض الدين أن يأخذ عوضا عن الدين وهو أن يأخذ عينا مكانه لان هذه معاوضة مقصودة وانها لاتدخل تحت التوكيل بقبض الدين وهذا لما بينا ان قبض الدين حقيقة لا يتصور لما ذكرنا فلا يتصور التوكيل بقبضه حقيقة الا أن التوكيل بقبض الدين جعل توكيلا بالمعاوضة ضرورة تصحيح التصرف ودفع الحاجة المعلقة بالتوكيل بقبض الدين وحق الضرورة يصير مقضيا بثبوتها ضمنا للعقد فبقيت المعاوضة المقصودة خارجة عن العقد أصلا فلا يملكها الوكيل ولو كان لرجل على رجل دين فجاء انسان الى الغريم وقال ان الطالب أمرني أن أقبضه منك فان صدقه الغريم وأراد أن يدفع اليه لا يمنع منه وان أبى أن يدفع اليه يجبر على الدفع فى الدين وفى العين لا يجبر عليه والفرق أن التصديق فى الدين اقرار على نفسه فكان مجبورا على التسليم وفى العين اقرار على غيره فلا يصح الا بتصديق ذلك الغير وان لم يصدقه لم يجبر على الدفع فان دفعه اليه ثم جاء الطالب فان صدقه مضى الامر وان كذبه وأنكر أن يكون وكله بذلك فهذا على وجوه ثلاثة اما ان صدقه ودفعه اليه واما ان كذبه ومع ذلك دفع اليه واما ان لم يصدقه ولم يكذبه ودفع اليه فان صدقه فى الوكالة ولم يضمنه فجاء الطالب يقال له ادفع الدين الى الطالب ولا حق لك على الوكيل لانه لما صدقه فى الوكالة فقد أقر بوكالته واقراره صحيح فى حق نفسه فكأنه يقول ان الوكيل كان محقا فى القبض وان الطالب ظالم فيما يقبض منى وان ظلم على مبطل فلا أظلم على محق وان صدقه وضمنه مادفع اليه ثم حضر الطالب فأخذ منه يرجع هو على القابض لان الغريم وان أقر ان القابض محق فى القبض بتصديقه اياه فى الوكالة فعنده ان الطالب مبطل فيه ظالم فيما يقبض منه فاذا ضمنه فقد أضاف الضمان الى ما يقبضه الطالب عنه بغير حق واضافة الضمان الى المقبوض المضمون صحيح كما اذا قال ماغصبك فلان فعلى وان كذبه فى الوكالة ومع ذلك دفع اليه له أن يضمن الوكيل لان عنده انه مبطل فى القبض وانما دفعه اليه على رجاء أن يجوزه الطالب وكذا اذا لم يصدق ولم يكذب لانه لم يوجد منه الاقرار بكونه محقا فى القبض فيملك الرجوع عليه الوكيل بقبض الدين اذا قبضه فوجده معيبا كان للموكل رده فله رده وأخذ بدله لانه قائم مقام الموكل فهو يملك قبض حقه أصلا ووصفا فكذا الوكيل ولو وكل رجلا يقبض دين له على رجل وغاب الطالب فادعى الغريم انه قد أوفاه الطالب لا يحتاج الوكيل الى اقامة البينة ولا الى احضار الطالب ليحلفه لكن يقال للغريم ادفع الدين الى الوكيل ثم اتبع الطالب وحلفه ان أردت يمينه فان حلف والا رجعت عليه لانه مقر بالدين والدين مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحكم بسقوطه بدعوى الايفاء مع الاحتمال بل يجبر على التسليم الى الوكيل وكذلك الوكيل بطلب الشفعة اذا ادعى المشترى أن الشفيع قد سلم للشفعة يؤمر بتسليم الدار الى الوكيل ثم يقال له اتبع الشفيع وحلفه ان أردت يمينه لان المشترى مقر بثبوت حق الشفعة لان تسليم الشفعة بعد ثبوتها يكون فلا يبطل الحق الثابت بدعوى التسليم مع الاحتمال فيؤمر بتسليم المشترى الى الوكيل وهذا بخلاف الوكيل بالرد بالعيب اذا ادعى البائع أن المشترى قد رضى بالعيب انه لا يكون للوكيل حق الرد حتى يحضر الموكل فيحلف بالله تعالى مارضى بهذا العيب لان البائع بقوله رضى المشترى بالعيب لم يقر بثبوت حق الرد بالعيب اذ ليس كل عيب موجبا للرد ألا ترى انه لو اشتراه وهو عالم بعيبه ليس له حق الرد مع وجود العيب فيتوقف على حضور الموكل ويمينه فان أراد الغريم أن يحلف الوكيل بالله عز وجل ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لم يكن له أن يحلفه عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال زفر يحلفه على علمه فان أبى أن يحلف خرج عن الوكالة ولم يبرأ الغريم وكان الطالب على حجته (وجه) قول زفر أن هذا أمر لو أقر به الوكيل للزمه وسقط حقه من القبض فاذا أنكر يستحلف لجواز انه ينكل عن اليمين فيسقط حقه (ولنا) قول النبى عليه الصلاة والسلام واليمين على المدعى عليه والغريم ماادعى على الوكيل شيأ وانما ادعى على الموكل فكانت اليمين عليه واليمين مما لا تجرى فيه النيابة فلا يثبت للغريم ولاية استحلاف الوكيل وهذا بخلاف ما اذا مات الطالب فادعى الغريم انه قد كان استوفاه حال حياته وأنكر الوارث ان له أن يستحلف الوارث على علمه

بالله تعالى ما يعلم ان الطالب استوفى الدين لان هناك الوارث مدعى عليه لان الغريم يدعى عليه بطلان حقه فى الاستيفاء الذى هو حقه فلم يكن استحلافه بطريق النيابة عن المورث الا أنه يستحلف على علمه لانه يستحلف على فعل غيره وكل من يستحلف على فعل باشره غيره يستحلف على العلم لا البت لانه لا علم له به انه فعل ذلك أو لم يفعل فان أقام الغريم البينة على الايفاء سمعت بينته عند أبى حنيفة وعندهما لا تسمع وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة بناء على ان الوكيل بقبض الدين هل يكون وكيلا بالخصومة فيه عنده يكون وعندهما لا يكون لما تقدم وكذلك على هذا الاختلاف اذا أقام الغريم البينة انه أعطى الطالب بالدراهم الدنانير أو باعه بها عرضا فبينته مسموعة عنده وعندهما غير مسموعة لان ايفاء الدين بطريق المبادلة والمقاصة ويستوى فيهما الجنس وخلاف الجنس فكان الخلاف فى الكل ثابتا (وأما) الوكيل بالبيع فالتوكيل بالبيع لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون مقيدا فان كان مقيدا يراعى فيه القيد بالاجماع حتى انه اذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل ولكن يتوقف على اجازته الا أن يكون خلافه الى خير لما مر ان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيلى من التصرف قدر ما ولاه وان كان الخلاف الى خير فانما نفذ لانه ان كان خلافا صورة فهو وفاق معنى لانه آمر به دلالة فكان متصرفا بتولية الموكل فنفذ بيان هذه الجملة اذا قال بع عبدى هذا بالف درهم فباعه بأقل من الالف لا ينفذ وكذا اذا باعه بغير الدراهم لا ينفذ وان كانت قيمته أكثر من ألف درهم لانه خلاف الى شر لان أغراض الناس تختلف باختلاف الاجناس فكان فى معنى الخلاف الى شر وان باعه بأكثر من ألف درهم نفذ لانه خلاف الى خير فلم يكن خلافا أصلا وكذلك على هذا لو وكله بالبيع بالف درهم حالة فباعه بالف نسيئة لم ينفذ بل يتوقف لما قلنا وان وكله بان يبيعه بالف درهم نسيئة فباعه بألف حالة نفذ لما قلنا وان وكله بأن يبيع ويشترط الخيار للآمر فباعه ولم يشترط الخيار لم يجز بل يتوقف ولو باع وشرط الخيار للآمر ليس له أن يجيز لانه لو ملك الاجازة بنفسه لم يكن للتقييد فائدة هذا اذا كان التوكيل بالبيع مقيدا فأما اذا كان مطلقا فيراعى فيه الاطلاق عند أبى حنيفة فيملك البيع بالقليل والكثير وعندهما لا يملك البيع الا بما يتغابن الناس فى مثله وروى الحسن عن أبى حنيفة مثل قولهما (وجه) قولهما أن مطلق البيع ينصرف الى البيع المتعارف والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فلا ينصرف اليه كالتوكيل بالشراء ولابى حنيفة أن الاصل فى اللفظ المطلق أن يجرى على اطلاقه ولا يجوز تقييده الا بدليل والعرف متعارض فان البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه الى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضا فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض مع ما أن البيع بغبن فاحش ان لم يكن متعارفا فعلا فهو متعارف ذكرا وتسمية لان كل واحد منهما يسمى بيعا أو هو مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب لغة وقد وجد ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف ذكرا وتسمية من غير اعتبار الفعل ألا ترى أن من حلف لا يأكل لحما فأكل لحم الآدمى أو لحم الخنزير يحنث وان لم يكن أكله متعارفا لكونه متعارفا اطلاقا وتسمية كذا هذا (وأما) التوكيل بالشراء فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن جوازه ثبت على خلاف القياس لكونه أمرا بالتصرف فى مال غيره وذكر الثمن فيه تبع ألا ترى انه يصح بدون ذكر الثمن الا انه جوز باعتبار الحاجة اذ كل أحد لا يتهيأ له أن يشترى بنفسه فيحتاج الى من يوكل به غيره والحاجة الى التوكيل بالشراء بثمن جرى التعارف بشراء مثله بمثله فينصرف الامر بمطلق الشراء اليه البتة الثانى المشترى متهم بهذا الاحتمال انه يشترى لنفسه فلما تبين فيه الغبن أظهر الشراء للموكل ومثل هذه التهمة فى البيع منعدمة فهو الفرق وكذلك يملك البيع بغير الاثمان المطلقة عنده وعندهما لا يملك وهو قول الشافعى رحمه الله ويملك البيع بالنقد والنسيئة عنده وعندهما لا يملك الا بالنقد والحجج من الطرفين على نحو ما ذكرنا فى البيع بغبن فاحش ولو باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه فهو على وجهين اما ان كان ذلك مما لا ضرر فى تبعيضه كالمكيل والموزون بان كان وكيلا ببيع عبدين فباع أحدهما جاز بالاجماع وان كان فى تبعيضه ضرر بان وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز الا باجازة

الموكل أو ببيع النصف الباقي ولو كان وكيلا بالشراء فاشترى نصفه لم يلزم الآمر اجماعا الا أنه يشترى الباقي و يجيزه الموكل (وجه) قولهما الجمع بين الشراء والبيع بجامع وهو العرف والعادة ووجوب دفع الضرر الحاصل بالشركة في الاعيان ولابي حنيفة الفرق بين البيع والشراء على ما مر ألا يرى ان عنده لو باع الكل بهذا القدر من الثمن يجوز فلان يجوز بيع البعض به أولى لانه نفع موكله حيث أمسك البعض على ملكه و بهذا فارق الشراء لان الوكيل بالشراء اذا اشترى النصف بثمن الكل لا يجوز والوكيل بالبيع يملك ابراء المشترى عن الثمن وله أن يؤخره عنه وله أن يأخذ به عوضا وله أن يصالح على شئ ويحتال به على انسان وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يملك شيأ من ذلك (وجه) قولهما أن الوكيل بالابراء واخواته تصرف في ملك الموكل من غير اذنه فلا ينفذ عليه كما لو فعلها أجنبي (وجه) قوله أنه تصرف في حق نفسه بالابراء لان قبض الثمن حقه فكان الابراء عن الثمن ابراء عن قبضه تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان ولو اسقط حق القبض لسقط الدين ضرورة لانه لو بقي لبقي دينا لا يحتمل القبض أصلا وهذا مما لا نظير له في أصول الشرع ولان دينا لا يحتمل القبض والاستيفاء بوجه لا يفيد فيسقط ضرورة ويضمن الثمن للموكل لانه وان تصرف في حق نفسه لكنه تعدى الى ملك غيره بالاتلاف فيجب عليه الضمان وكذا اذا أخذ بالثمن عوضا عن المشترى لانه ملك منه القبض الذي هو حقه فيصح ومتى ملك ذلك فيملك رقبة الدين ضرورة بما أخذه من العوض ويضمن لما ذكرنا وكذا اذا صالحه على شئ لان الصلح مبادلة وكذا اذا أحاله المشترى بالثمن على انسان وقبل الوكيل الحوالة لانه بقبول الحوالة تصرف في حق نفسه بالابراء عنه لان الحوالة مبرئة وذلك يوجب سقوط الدين عن المحيل فيه لما ذكرنا ويضمن لما قلنا وكذلك تأخير الدين من الوكيل تأخير حق المطالبة والقبض وأنه صادف حق نفسه فيصح لكنه تعدى الى الموكل بثبوت الحيلولة بينه و بين ملكه فيضمن وليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره لان مبنى الوكالة على الخصوص لان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيملك قدر ما أفاده ولا يثبت العموم الا بلفظ يدل عليه وهو قوله اعمل فيه برأيك وغير ذلك مما يدل على العموم فان وكل غيره بالبيع فباع الثاني بحضرة الاول جاز وان باع بغير حضرته لا يجوز الا أن يجيزه الاول او الموكل وكذا اذا باعه فضولي فبلغ الوكيل أو الموكل فاجاز يجوز هذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الاول أو لم يكن بحضرته وقال ابن أبي ليلى يجوز كيف ما كان والصحيح قول أصحابنا الثلاثة لان عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل بل المقصود رأيه فاذا باع الثاني بحضرته فقد حصل التصرف برأيه فنفذ واذا باعه لا بحضرته أو باع فضولي فقد خلا التصرف عن رأيه فلا ينفذ ولكنه ينعقد موقوفا على اجازة الوكيل أو الموكل لصدور التصرف من أهله في محله وليس للوكيل بالبيع أن يبيع من نفسه لان الحقوق تتعلق بالعاقد فيؤدي الى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلما ومتسلما مطالبا ومطالبا وهذا محال وكذا لا يبيع من نفسه وان أمره الموكل بذلك لما قلنا ولانه متهم في ذلك وليس له أن يبيع من أبيه وجده وولده وولد ولده الكبار وزوجته عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ذلك بمثل القيمة واجمعوا على أنه لا يجوز أن يبيع من عبده ومكاتبه (وجه) قولهما ان البيع من هؤلاء ومن الاجنبي سواء لان كل واحد منهما يملك أجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه ولابي حنيفة أن البيع من هؤلاء بيع من نفسه من حيث المعنى لاتصال منفعة ملك كل واحد منهما بصاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملكه من هؤلاء بخلاف الاجنبي ولهذا لا يملك البيع من عبده ومكاتبه لان البيع من عبده بيع من نفسه لانه لا ملك له وكذا المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا هذا يحققه أن اتصال منافع الاملاك بينهما تورث التهمة ولهذا لم تقبل شهادة أحدهما لصاحبه بخلاف الاجنبي ولو عمم التوكيل فقال اصنع ما شئت أو بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعه الوكيل جاز بيعه بالاتفاق ولا يجوز أن يبيع من نفسه أو من ولده الصغير أو من عبده اذا لم يكن عليه دين يحال الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع الصحيح والفاسد لان اسم البيع يقع على كل واحد من النوعين اذ هو مبادلة شئ مرغوب

بشئ

بشيء مرغوب وقد وجد بخلاف الوكيل بالنكاح مطلقاً أنه لا يملك النكاح الفاسد لان المقصود من النكاح الحل والنكاح الفاسد لا يفيد الحل والمقصود من البيع الملك وأنه يثبت بالبيع الفاسد وأما الوكيل بالبيع الفاسد فهل يملك البيع الصحيح قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يملك وقال محمد لا يملك وبه أخذ الشافعي رحمه الله (وجه) قول محمد أن البيع الفاسد بيع لا يفيد الحكم بنفسه والصحيح يفيد الحكم بنفسه فكانا مختلفين فلا يكون التوكيل باحدهما توكيلا بالآخر فاذا باع بيعاً صحيحاً صار مخالفا (ولهما) ان هذا ليس بخلاف حقيقة لان البيع الصحيح خير وكل موكل بشيء موكل بما هو خير منه دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً فكان آتيا بما وكل به فلا يكون مخالفا (وأما) الوكيل بالشراء فالتوكيل بالشراء لا يخلو اما ان كان مطلقاً أو كان مقيداً فان كان مقيداً يراعى فيه القيد اجماعاً لما ذكرنا سواء كان القيد راجعا الى المشترى أو الى الثمن حتى انه اذا خالف يلزم الشراء الا اذا كان خلافا الى خير فيلزم الموكل مثال الاول اذا قال اشتر لي جارية أطؤها أو أستخدمها أو اتخذها أم ولد فاشترى جارية مجوسية أو أخته من الرضاع أو مرتدة أو ذات زوج لا ينفذ على الموكل وينفذ على الوكيل وكذلك اذا قال اشتر لي جارية تخدمني فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء لان الاصل في كل مقيد اعتبار القيد فيه الا قيدا لا يفيد اعتباره واعتبار هذا النوع من القيد مفيد وكذلك اذا قال اشتر لي جارية تركية فاشترى جارية حبشية لا يلزم الموكل ويلزم الوكيل لما ذكرنا ومثال الثاني اذا قال له اشتر لي جارية بألف درهم فاشترى جارية بأكثر من الالف تلزم الوكيل دون الموكل لانه خالف أمر الموكل فيصير مشتريا لنفسه ولو قال اشتر لي جارية بألف درهم أو بمائة دينار فاشترى جارية بما سوى الدراهم والدنانير لا تلزم الموكل اجماعا لان الجنس مختلف فيكون مخالفا ولو قال اشتر لي هذه الجارية بمائة دينار فاشتراها بألف درهم قيمتها مائة دينار ذكر الكرخي أن المشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنه لا يلزم الموكل لان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فكان التقييد بأحدهما مفيداً وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزم الموكل كانه اعتبرهما جنسا واحداً في الوكالة كما اعتبرا جنساً واحداً في الشفعة وهو أن الشفيع اذا أخبر أن الدار بيعت بدنانير فسلم الشفعة ثم ظهر أنها بيعت بدراهم وقيمتها مثل الدنانير صح التسليم كذا ههنا فان اشترى جارية بالف درهم فان كان مثلها يشترى بألف أو بأكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتغابن الناس فيه لزم الموكل وان كان النقصان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لزم الوكيل لان شراء الوكيل المعروف المعروف وان اشترى جارية بثمانمائة درهم ومثلها يشترى بألف لزم الموكل لان الخلاف الى خير لا يكون خلافا معنى وكذا اذا وكله بأن يشترى له جارية بألف نسيئة فاشترى جارية بألف حالة لزم الوكيل لانه خالف قيد الموكل ولو أمره أن يشترى بألف حالة فاشترى بألف نسيئة لزم الموكل لانه وان خالف صورة فقد وافق معنى والعبرة للمعنى لا للصورة ولو وكله أن يشترى ويشترط الخيار للموكل فاشترى بغير خيار لزم الوكيل والاصل أن الوكيل بالشراء اذا خالف يكون مشتريا لنفسه والوكيل بالبيع اذا خالف يتوقف على اجازة الموكل والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء متهم لانه يملك الشراء لنفسه فامكن تنفيذه عليه حتى إنه لو كان صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه بل يتوقف على اجازة الموكل لانهما لا يملكان الشراء لا نفسهما فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف وكذا اذا كان الوكيل مرتداً أو كان وكيلا بشراء عبد بعينه فاشترى نصفه لعدم امكان التنفيذ عليه فاحتمل التوقف ومعنى التهمة لا يتعذر من الوكيل بالبيع فاحتمل التوقف على الاجازة ولو وكله بشراء عبد فاشتراه بعين من أعيان مال الموكل توقف على الاجازة لانه لما اشتراه بعين من أعيان ماله فقد باع العين والبيع يقف على اجازة الموكل هذا اذا كان التوكيل بالشراء مقيدا فاما اذا كان مطلقا فانه يراعى فيه الاطلاق ما أمكن الا اذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به وعلى هذا اذا وكل رجلا بشراء جارية وسمى نوعها وثمنها حتى صحت الوكالة فاشترى جارية مقطوعة اليد والرجل من خلاف أو عوراء لزم الموكل وكذا اذ اشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء عند أبي حنيفة وعندهما يلزم الوكيل (وجه) قولهما أن الجارية تشترى للاستخدام عرفا وعادة

وغرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيتقيد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف ولهذا قلنا لا يجوز تحريرها عن الكفارة وان كان نص التحرير مطلقا عن شرط السلامة لثبوتها دلالة كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان اسم الجارية باطلاقها يقع على هذه الجارية كما يقع على سليمة الاطراف فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل وقد وجد (وأما) في باب الكفارة فلان الامر تعلق بتحرير رقبة والرقبة اسم لذات مركب من هذه الاجزاء فاذا فات ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقض الذات فلا يتناوله مطلق اسم الرقبة فاما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات باعتبار الاجزاء فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية بخلاف اسم الرقبة حتى ان التوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما لا يجوز في الكفارة كذا قالوا ولو وكله أن يشتري له جارية وكالة صحيحة ولم يسم ثمنا فاشترى الوكيل جارية ان اشترى بمثل القيمة أو باقل من القيمة أو بزيادة يتغابن في مثلها جاز على الموكل وان اشترى بزيادة لا يتغابن الناس في مثلها يلزم الوكيل لان الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرز عنها فلو منعت النفاذ على الموكل لضاق الامر على الوكلاء ولامتنعوا عن قبول الوكالات وبالناس حاجة اليها فمست الحاجة الى تحملها ولا ضرورة في الكثير لامكان التحرز عنه والفاصل بين القليل والكثير ان كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة ومالا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة لان ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة ومالا يدخل كانت زيادته متحققة وقدر محمد الزيادة القليلة التي يتغابن في مثلها في الجامع بنصف العشر فقال ان كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتغابن في مثلها وان كانت أكثر من نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها وقال الجصاص ماذكره محمد لم يخرج مخرج التقدير في الاشياء كلها الا ان ذلك يختلف باختلاف السلع منها ما يعد أقل من ذلك غبنا فيه ومنها مالا يعد أكثر من ذلك غبنا فيه وقدر نصر بن يحيى القليل بالده نيم وفي الحيوان بالده يازده وفي العقار بالده دوازده والله تعالى أعلم الوكيل بشراء عبد بعينه اذا اشترى نصفه فالشراء موقوف ان اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لانه امتثل أمر الوكيل وعند زفر يلزم الوكيل ولو خاصم الموكل الوكيل الى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل اجماعا لانه خالف وكذلك هذا في كل ما في تبعيضه ضرر وفي تشقيصه عيب كالعبد والامة والدابة والثوب وما أشبه ذلك وهذا بخلاف ما اذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزأ منه معلوما أنه يجوز عند أبي حنيفة سواء باع الباقي منه أولا والفرق له على نحو ماذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقاً ولو أعتقه بعد ما اشترى نصفه قبل أن يشتري الباقي قال أبو يوسف ان أعتقه الموكل جاز وان أعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد على القلب من ذلك (وجه) قول محمد ان الوكيل قد خالف فيما وكل به فلم يكن مشتريا للموكل فكيف ينفذ منه اعتاقه وهو في الظاهر مشتر لنفسه فينفذ اعتاقه ولابي يوسف ان اعتاق الموكل صادف عقداً موقوفا نفاذه على اجازته فكان الاعتاق اجازة منه كما اذا صرح بالاجازة واعتاق الوكيل لم يصادف عقداً موقوفا على اجازته لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه فلم يحتمل التوقف على اجازته فبطل وان كان وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه ضرر ولا في تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم الموكل ولا يقف لزومه على شراء الباقي نحو ان وكله بشراء كر حنطة بمائة درهم فاشترى نصف الكر بخمسين وكذا لو وكله بشراء عبدين بالف درهم فاشترى أحدهما بخمسمائة لزم الموكل اجماعا وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحداً منها والله أعلم الوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم اذا اشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يلزمه العشرون بدرهم ولو اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحسانا (وجه) قول أبي يوسف ان هذا خلاف صورة لا معنى لانه خلاف الى خير وذا لا يمنع النفاذ على الموكل كما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف بدرهم انه يلزم الموكل كذا هذا (وجه) قولهما ان الوكيل يتصرف بحكم الآمر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر وقد أمره بشراء عشرة أرطال فلا يلزمه الزيادة على ذلك بخلاف ما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم لان الزيادة القليلة لا تتحقق زيادة

لدخولها

لدخولها بين الوزنين ولو وكله بشراء عبد بمائة فاشترى بها عبدين كل واحد منهما يساوى مائة روى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يلزم الموكل واحد منهما وقال أبو حنيفة اذا وكل رجلا بشراء عبدين باعيانهما بالف درهم وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بستمائة درهم لا يلزم الموكل الا أن يشترى الثانى ببقية الالف وقال أبو يوسف ومحمد اذا كانت الزيادة مما يتغابن الناس فى مثلها يلزمه وهذا لا يتحقق خلافا والله عز وجل أعلم الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه واذا اشترى يقع الشراء للموكل لان شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك الا بمحضر من الموكل كما لا يملك الموكل عزله الا بمحضر منه على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الوكيل بشراء شيء بغير عينه اذا اشترى يكون مشتريا لنفسه الا أن ينويه للموكل وجملة الكلام فيه انه اذا قال اشتريته لنفسى وصدقه الموكل فالمشترى له واذا قال الموكل اشتريته لى وصدقه الوكيل فالمشترى للموكل لان الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراء لنفسه كما يملك للموكل فاحتمل شراؤه لنفسه واحتمل شراؤه لموكله فيحكم فيه التصديق فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما ولو اختلفا فقال الوكيل اشتريته لنفسى وقال الموكل بل اشتريته لى يحكم فيه الثمن فان أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه فالمشترى له وان أداه من دراهم موكله فالمشترى لموكله لان الظاهر نقد الثمن من مال من يشترى له فكان الظاهر شاهدا للثمن فكان صادقا فى حكمه (وأما) اذا لم تحضره النية وقت الشراء واتفقا عليه يحكم فيه الثمن أيضا عند أبى يوسف وعند محمد يكون الشراء للوكيل (وجه) قول محمد ان الاصل أن يكون الانسان متصرفا لنفسه لا لغيره فكان الظاهر شاهدا للوكيل فكان المشترى له (وجه) قول أبى يوسف ان أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وذلك فى تحكيم الثمن على ما مر والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من نفسه لان الحقوق فى باب الشراء ترجع الى الوكيل فيؤدى الى الاحالة وهو أن يكون الشخص الواحد فى زمان واحد مسلما ومتسلما مطالبا ومطالبا ولانه متهم فى الشراء من نفسه ولو أمره الموكل بذلك لا يصح لما ذكرنا وكذلك لو اشترى من ولده الصغير لان ذلك شراء من نفسه وكذلك لو اشترى من عبده الذى لا دين عليه أو مكاتبه وكذا الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من أبيه وجده وولده وولد ولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له عند أبى حنيفة وعندهما يجوز اذا اشترى بمثل القيمة أو باقل أو بزيادة يتغابن فى مثلها وأجمعوا على أنه لا يملك الشراء من عبده الذى لا دين عليه ومكاتبه وقد مرت المسئلة بحججها من قبل ولو كانت الوكالة عامة بان قال له اعمل ما شئت أو قال له بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعه الوكيل جاز لان المانع من الجواز التهمة وقد زالت بالامر والاجازة ولو دفع اليه دراهم ووكله أن يشترى له بها طعاما فهو على الحنطة والدقيق لا على الفاكهة واللحم والخبز لان الطعام فى الحقيقة وان كان اسما لما يطعم لكنه ينصرف الى الحنطة والدقيق بقرينة الشراء فى العرف ولهذا اسمى السوق الذى تباع فيه الحنطة والدقيق سوق الطعام دون غيره الا اذا كان المدفوع اليه قليلا كالدراهم ونحوه أو كان هناك وليمة فينصرف الى الخبز وقيل يحكم الثمن ان كان قليلا ينصرف الى الخبز وان كان كثيرا ينصرف اليهما ولو قال اشترلى بدرهم لحما ينصرف الى اللحم الذى يباع فى السوق ويشترى الناس منه فى الاغلب من لحم الضأن والمعز والبقر والابل ان جرت العادة بشرائه ولا ينصرف الى المشوى والمطبوخ الا اذا كان مسافرا أو نزل خانا ودفع الى انسان درهما ليشترى به لحما ولا الى لحم الطير والوحش والسمك ولا الى شاة حية ولا الى مذبوحة غير مسلوخة لانعدام جريان العادة باشترائه وان اشترى مسلوخا جاز على الموكل لان المسلوخ يباع فى الاسواق فى العادة ولا الى البطن والكرش والكبد والرأس والكراع لانها ليست بلحم ولا يشترى مقصودا أيضا بل تبعا للحم فلا ينصرف مطلق التوكيل اليه بخلاف ما اذا حلف لا يأكل لحما فأكل هذه الاشياء انه يحنث لان مبنى الايمان على العرف ذكرا وتسمية ومبنى الوكالة على العرف عادة وفعلا ألا ترى ان حكم الحنث يلزم بأكل القديد ولو اشترى الوكيل القديد لا يلزم الموكل لانعدام العادة ببيع القديد فى الاسواق فى الغالب ولا الى شحم البطن والالية لانهما ليسا بلحم ولو وكله بشراء الية لا يملك أن يشترى لحما لانهما مختلفان اسما ومقصودا ولو وكله أن يشترى سمكا بدرهم فهو

فهو على الطرى الكبار دون المالح والصغار لان العادة شراء الطرى الكبار منه دون المالح ودون الصغار ولو وكله بشراء الرأس فهو على النيء دون المطبوخ والمشوى وهو على رأس الغنم دون البقر والابل الا فى موضع جرت العادة بذلك والمذكور من الخلاف فى الجامع الصغير يرجع الى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون رأس العصفور والسمك والجراد لانعدام العادة ولو وكله بشراء دهن فله أن يشترى أى دهن شاء وكذا اذا وكله بشراء فاكهة له أن يشترى أى فاكهة تباع فى السوق عادة ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج وان كانت اليمين المنعقدة عليه تقع على بيض الطيور كلها لما ذكرنا ولو وكله أن يشترى لبنا فهو على ما يباع فى عادة البلد فى السوق من الغنم والبقر والابل وكذا اذا وكله بشراء السمن فان استويا فهو عليهما جميعاً بخلاف ما اذا حلف لا يذوق لبنا ان ذلك يقع على لبن الغنم والبقر والابل لما ذكرنا من العرف والله تعالى أعلم الوكيل بشراء الكبش لا يملك شراء النعجة حتى لو اشترى لا يلزم الموكل لان الكبش اسم للذكر والنعجة اسم للانثى وكذا لو وكله بشراء عناق فاشترى جديا أو شراء فرس أو برذون فاشترى رمكة لا يجوز على الموكل والبقر يقع على الذكر والانثى وكذا البقرة فى رواية الجامع قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة قيل انها كانت ذكرا وقال سبحانه وتعالى لا ذلول تثير الارض واثارة الارض عمل الثيران وذكر القدورى رحمه الله انها تقع على الانثى والصحيح رواية الجامع لما ذكرنا والدجاج يقع على الذكر والانثى والدجاجة على الانثى والبعير على الذكر والناقة على الانثى والبختى ضرب خاص من الابل والنجيبة ضرب معروف بسرعة السير وهى كالحمارة فى عرف بلادنا ولا يقع اسم البقر على الجاموس وان كان من جنس البقر حتى يتم به نصاب الزكاة لبعده عن أوهامهم لقلته فيهم والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء اذا أمر غيره فاشترى ان فعله بحضرة الاول أو باجازته أو باجازة الموكل جاز على الموكل والا فلا الا اذا كانت الوكالة عامة على ما مر والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به أما الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه ولو فعل لم يجز حتى يجيز صاحبه أو الموكل لان البيع مما يحتاج فيه الى الرأى والموكل انما رضى برأيهما لا برأى أحدهما واجتماعهما على ذلك ممكن فلم يمتثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه وكذا الوكيلان بالشراء سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن وسواء كان الوكيل الآخر غائباً أو حاضراً لما ذكرنا فى البيع الا ان فى الشراء اذا اشترى أحدهما بدون صاحبه ينفذ على المشترى ولا يقف على الاجازة وفى البيع يقف على الاجازة وقد مر الفرق وكذلك الوكيلان بالنكاح والطلاق على مال والعتق على مال والخلع والكتابة وكل عقد فيه بدل هو مال لان كل ذلك مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما بانفراده وكذا ما خرج مخرج التمليك بان قال لرجلين جعلت أمر امرأتى بيدكما أو قال لهما طلقا امرأتى ان شئتما لا ينفرد أحدهما بالتطليق لانه جعل أمر اليد تمليكا ألا ترى انه يقف على المجلس والتمليكات هى التى تختص بالمجلس والتمليك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة كأنه قال طلقا امرأتى ان شئتما وهناك لا يملك أحدهما التطليق دون صاحبه لان المعلق بشرطين لا ينزل الا عند وجودهما فكذا هذا وكذا الوكيلان بقبض الدين لا يملك أحدهما ان يقبض دون صاحبه لان قبض الدين مما يحتاج الى الرأى والامانة وقد فوض الرأى اليهما جميعاً لا الى أحدهما ورضى بأمانتهما جميعاً لا بأمانة أحدهما فان قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى يصل ما قبضه الى صاحبه فيقع فى أيديهما جميعاً أو يصل الى الموكل لانه لما وصل المقبوض الى صاحبه أو الى الموكل فقد حصل المقصود بالقبض فصار كأنهما قبضاه جميعاً ابتداء (وأما) الوكيلان بالطلاق على غير مال والعتق على غير مال والوكيلان بتسليم الهبة ورد الوديعة وقضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به لان هذه التصرفات مما لا تحتاج الى الرأى فكان اضافة التوكيل اليهما تفويضاً للتصرف الى كل واحد منهما بانفراده (وأما) الوكيلان بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف بانفراده عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا ينفرد (وجه) قوله ان الخصومة مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما فلا يملكها أحدهما دون صاحبه (وجه) قول أصحابنا الثلاثة ان الغرض من

الخصومة اعلام القاضي بما يلكه المخاصم واستماعه واجتماع الوكيلين على ذلك يخل بالاعلام والاستماع لان ازدحام الكلام يخل بالفهم فكان اضافة التوكيل اليهما تفويضاً للخصومة الى كل واحد منهما فأيهما خاصم كان تمثيلا الا انه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه وان كان الوكيل بالخصومة يملك القبض عندنا لان اجتماعهما على القبض ممكن فلا يكون راضياً بقبض أحدهما بانفراده (وأما) المضارب فلا يملك أحدهما التصرف بدون اذن صاحبه اجماعا وفي الوصيين خلاف بين أصحابنا نذكره في كتاب الوصية والله تعالى أعلم الوكيل هل يملك الحقوق جملة الكلام فيه ان الموكل به نوعان نوع لا حقوق له الا ما أمر به الموكل كالوكيل بتقاضي الدين والتوكيل بالملازمة ونحوه ونوع له حقوق كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه (اما) التوكيل بالبيع والشراء فحقوقها ترجع الى الوكيل فيسلم المبيع و يقبضه و يقبض الثمن و يطالب به و يخاصم في العيب وقت الاستحقاق والاصل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل و يكتفى فيه بالاضافة الى نفسه فحقوقه راجعة الى العاقد كالبياعات والاشربة والاجارات والصلح الذي هو في معنى البيع فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه و يكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك والمالك كالاجنبي حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن ولو طالبه فأبى لا يجبر على تسليم الثمن اليه ولو أمره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة وأيهما طالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم اليه ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيه ولو نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيه غيران المشتري اذا نقد الثمن الى الموكل يبرأ عن الثمن استحسانا وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع اذا نقد المشتري الثمن ولا يطالب به الموكل واذا استحق المبيع في يد المشتري يرجع بالثمن على الوكيل ان كان نقد الثمن اليه وان كان نقده الى الموكل يرجع بالثمن عليه وكذا اذا وجد المشتري بالمبيع عيبا له أن يخاصم الوكيل واذا أثبت العيب عليه و رده عليه بقضاء القاضي أخذ الثمن من الوكيل ان كان نقده الثمن وان كان نقده الى الموكل أخذه منه وكذا الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل وهو الذي يقبض المبيع دون الموكل واذا استحق المبيع في يده فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل ولو وجد بالمبيع عيباً ان كان المبيع في يده ولم يسلمه الى الموكل بعد فله أن يرده على بائعه بالعيب وان كان قد سلمه الى موكله ليس له أن يرده عليه الا برضا موكله وكذلك هذا في الاجارة والاستئجار وأخواتهما وكل عقد يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل فحقوقه ترجع الى الموكل كالنكاح والطلاق على مال والعتاق على مال والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والصلح عن انكار المدعى عليه ونحوه فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه والوكيل فيها يكون سفيراً ومعبراً محضاً حتى ان وكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر وانما يطالب به الزوج الا اذا ضمن المهر فحينئذ يطالب به لكن بحكم الضمان ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع ان كان وكيل الزوج وان كان وكيل المرأة لا يطالب ببدل الخلع الا بالضمان وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد وهذا الذي ذكرنا ان حقوق العقد في البيع والشراء وأخواتهما ترجع الى الوكيل مذهب علمائنا وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع شيء من الحقوق الى الوكيل وانما يرجع الى الموكل (وجه) قوله ان الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل وتصرف النائب تصرف المنوب عنه ألا ترى ان حكم تصرفه يقع للموكل فكذا حقوقه لان الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع فاذا كان الاصل له فكذا التابع (ولنا) ان الوكيل هو العاقد حقيقة فكانت حقوق العقد راجعة اليه كما اذا تولى الموكل بنفسه ولا شك ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان عقده كلامه القائم بذاته حقيقة و يستحيل أن يكون الانسان فاعلا بفعل الغير حقيقة وهذه حقيقة مقررة بالشريعة قال الله عز وجل وأن ليس للانسان الا ما سعى وقال الله عز شأنه لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضاً لان السبب وجد منه حقيقة وشرعا الا ان الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لان الوكيل انما فعله له بأمره وانابته وفعل المأمور مضاف الى الآمر فتعارض الشبهان فوجب اعتبارهما بقدر الامكان فعملنا بشبه الآمر والانابة بايجاب أصل الحكم للموكل ونسبة الحقيقة المقررة بالشريعة

باثبات توابع الحكم للوكيل توفيراً على الشبهين حظهما من الحكم ولا يمكن الحكم بالعكس وهو اثبات أصل الحكم للوكيل واثبات التوابع للموكل لان الاصل فى نفاذ تصرف الوكيل هو الولاية لانها علة نفاذه اذ لا ملك له والموكل أصل فى الولاية والوكيل تابع له لانه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفادة من قبل الموكل فكان اثبات أصل الحكم للموكل واثبات التوابع للوكيل وضع الشئ فى موضعه وهو حد الحكمة وعكسه وضع الشئ فى غير موضعه وهو حد السفه بخلاف النكاح وأخواته لان الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل بل هو سفير ومعبر بمنزلة الرسول ألا ترى انه لا يضيف العقد الى نفسه بل الى موكله فانعدمت النيابة فبقى سفيراً محضاً فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق اليه ثم نقول انما تلزمه العهدة وترجع الحقوق اليه اذا كان من أهل العهدة (فاما) اذا لم يكن بان كان صبياً محجوراً ينفذ بيعه وشراؤه وتكون العهدة على الموكل لا عليه لان ذلك من باب التبرع والصبى ليس من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة فيقع محضا لحصول التجربة والممارسة له فى التصرفات ولا خيار للمشترى من الوكيل المحجور سواء علم انه محجور أو لم يعلم فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف انه ان كان عالما فلا خيار له فاما اذا كان جاهلا فله الخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء أمضاه (وجه) قوله ان الرضا شرط جواز التجارة وقد اختل الرضا لانه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد فاذا تبين انها ليست عليه اختل رضاه فثبت له الخيار كما اذا ظهر به عيب (وجه) ظاهر الرواية ان الجهل بالحجر ليس بعذر لانه يمكنه الوصول اليه خصوصاً فى حق الصبى لان الاصل فيه هو الحجر والاذن بعارض الرشد فكان سبب الوصول الى العلم قائما فالجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالما ولو علم بالحجر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا والله تعالى أعلم الوكيل بالهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والقرض اذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شئ من ذلك الى يده ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه لان الحكم فى هذه العقود يقف على القبض ولا صنع للوكيل فى القبض بل هو صنع القابض فى محل مملوك للمولى فكانت حقوق العقد راجعة اليه وكان الوكيل سفيرا عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع وأخواته لان الحكم فيها للعقد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشرعا على ما قررنا فكانت الحقوق عائدة اليه وكذا فى التوكيل بالاستعارة والارتهان والاستيهاب الحكم والحقوق ترجع الى الموكل وكذا فى التوكيل بالشركة والمضاربة لما قلنا وللوكيل أن يوكل غيره فى الحقوق لانه أصل فى الحقوق والمالك أجنبى عنها فملك توكيل غيره فيها (ومنها) ان المقبوض فى يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لان يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع فيضمن بما يضمن فى الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها ويكون القول قوله فى دفع الضمان عن نفسه ولو دفع اليه مالا وقال اقضه فلانا عن دينى فقال الوكيل قد قضيت صاحب الدين فادفعه الى وكذبه صاحب الدين فالقول قول الوكيل فى براءة نفسه عن الضمان والقول قول الطالب فى انه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل لان الوكيل أمين فيصدق فى دفع الضمان عن نفسه ولا يصدق على الغريم فى ابطال حقه وتجب اليمين على أحدهما لا عليهما لانه لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر فيحلف المكذب منهما دون المصدق فان صدق الوكيل فى الدفع يحلف الطالب بالله عز وجل ما قبضه فان حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه وان نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل وان صدق الطالب انه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله تعالى لقد دفعه اليه فان حلف برئ وان نكل لزمه ما دفع اليه وكذلك لو أودع ماله رجلا وأمره أن يدفع الوديعة الى فلان فقال المودع دفعت وكذبه فلان فهو على التفصيل الذى ذكرنا ولو دفع المودع الوديعة الى رجل وادعى انه قد دفعها اليه بامر صاحب الوديعة وأنكر صاحب الوديعة الامر فالقول قوله مع يمينه انه لم يأمره بذلك لان المودع يدعى عليه الامر وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولو كان المال مضمونا على رجل كالمغصوب فى يد الغاصب أو الدين على الغريم فأمر الطالب أو المغصوب منه أن يدفعه الى فلان فقال المأمور قد دفعت اليه وقال فلان ما قبضت فالقول قول

فلان انه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع الا ببينة أو بتصديق الموكل لان الضمان قد وجب عليه وهو يدعى الدفع الى فلان يريد ابراء نفسه عن الضمان الواجب فلا يصدق الا ببينة أو بتصديق الموكل فان صدقه الموكل يبرأ أيضاً لانه اذا صدقه فقد أبرأه عن الضمان ولكنهما لا يصدقان على القابض و يكون القول قوله انه لم يقبضه مع يمينه لان قولهما حجة فى حق أنفسهما الا فى ابطال حق الغير مع يمين الطالب لانه منكر للقبض والقول قول المنكر مع يمينه ولو كذبه الموكل فى الدفع وطلب الوكيل يمينه فانه يحلف على العلم بالله تعالى ما يعلم انه دفع فان حلف أخذ منه الضمان وان نكل سقط الضمان عنه ولوان الوكيل المدفوع اليه المال قضى الدين من مال نفسه وأمسك ما دفع اليه الموكل جاز لانه لو لم يدفع اليه الدراهم أصلا وقضى الوكيل من مال نفسه جاز على الموكل لان الوكيل بقضاء الدين فى الحقيقة وكيل بشراء الدين من الطالب والوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه جاز فهذا أولى ولو لم يدفع اليه شيأ ولكنه أمره بقضاء دينه فقال الوكيل قضيته وكذبه الطالب والموكل فأقام الوكيل البينة انه قد قضى صاحب الدين قبلت بينته و برىء الموكل من الدين و يرجع الوكيل على الموكل بما قضى عنه لان الثابت بالبينة كالثابت حسا ومشاهدة وقد ثبت قضاء الدين بالبينة فله ان يرجع ولو لم تكن له بينة وكذبه الطالب والموكل فالقول قولهما مع اليمين لان الوكيل بدعوى القبض يريد ايجاب الضمان على الطالب لانه يريد اسقاط الدين عن الموكل وذلك بطريق المقاصة وهو أن أن يصير المقبوض مضمونا على القابض الطالب ديناً عليه وله على الموكل دين مثله فيلتقيان قصاصاً والطالب منكر وكذا الموكل منكر لوجوب الضمان عليه فكان القول قولهما مع اليمين أو يقال ان الوكيل بقوله قضيت يدعى على الطالب بيع دينه من الغريم وعلى المشترى الشراء منه وهما منكران فكان القول قولهما مع اليمين و يحلف الموكل على العلم لانه يحلف على فعل غيره وهو قبض الطالب وان صدقه الموكل فى القضاء وكذبه الطالب يصدق على الموكل دون الطالب حتى يرجع على الموكل بما قضى و يغرم ألفاً أخرى للطالب لان الموكل صدقه فى دعوى القضاء عنه بأمره وهو مصدق على نفسه فى تصديقه فثبت القضاء فى حقه فكان القول قوله مع يمينه هكذا ذكر القدورى رحمه الله وذكر فى الجامع ان الوكيل لا يرجع على الموكل وان صدقه الموكل لان حق الرجوع يعتمد وجود القضاء ولم يوجد لان الطالب منكر الا انا نقول انكار الطالب يمنع وجود القضاء فى حقه لانه منكر ما لا يمنع وجوده فى حق الموكل لانه مقر واقرار كل مقر حجة فى حقه فكان الاول أشبه ولو دفع الى انسان مالا ليقضى دينه فقضاه الموكل بنفسه ثم قضاه الوكيل فان كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل و يرجع الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل وان علم بان الموكل قد قضاه بنفسه فهو ضامن لان الموكل لما قضاه بنفسه فقد عزل الوكيل الا ان عزل الوكيل لا يصح الا بعد علمه به فاذا علم بفعل الموكل فقد علم بالعزل فصار متعديا فى الدفع فيلزمه الضمان واذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدى فلا ضمان عليه وليس هذا كالوكيل بدفع الزكاة اذا أدى الموكل بنفسه ثم أدى الوكيل انه يضمن الوكيل علم بأداء الموكل أو لم يعلم عند أبى حنيفة رحمه الله لان الوكيل بأداء الزكاة مأمور بأداء الزكاة وأداء الزكاة هو اسقاط الفرض بتمليك المال من الفقير ولم يوجد ذلك من الوكيل لحصوله من الموكل فبقى الدفع من الوكيل تعديا محضاً فكان مضمونا عليه فاما قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض على ماذكرنا والمدفوع الى الطالب مقبوض عنه والمقبوض بجهة الضمان مضمون كالمقبوض على سوم الشراء لكونه مقبوضاً بجهة القضاء والمقبوض بجهة القضاء مضمون على القابض و يقال ان قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة وهو نوع شراء الدين بالمال والمقبوض من الوكيل مقبوض بجهة الشراء والمقبوض بجهة الشراء مضمون على المشترى بخلاف ما اذا دفعه على علمه بدفع الموكل لان هناك لم يوجد القبض بجهة الضمان لانعدام القبض بجهة القضاء فبقى تعديا فيجب عليه ضمان التعدى والقول قول الوكيل فى انه لم يعلم بدفع الموكل لان القول قول الامين فى دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين وعلى هذا اذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه واذا كان عالما بموته ضمن لما قلنا والله عز وجل أعلم الوكيل ببيع العبد اذا قال بعت

وقبضت الثمن وهلك هذا على وجهين (اما) ان كان الموكل سلم العبد الى الوكيل أو كان لم يسلم اليه فان لم يكن سلم العبد اليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن وهلك الثمن فى يدى أو قال دفعته الى الموكل فهذا لا يخلو اما ان صدقه فى ذلك أو كذبه فان كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه فى قبض الثمن أو صدقه فيهما وكذبه فى الهلاك فان صدقه فى ذلك كله يهلك الثمن من مال الموكل ولا شئ على الوكيل لانه يهلك أمانة فى يده وان كذبه فى ذلك كله بان كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه فى قبض الثمن فان الوكيل يصدق فى البيع ولا يصدق فى قبض الثمن فى حق الموكل لان اقرار الوكيل فى حق نفسه جائز عليه والمشترى بالخيار ان شاء نقد الثمن ثانياً الى الموكل وأخذ منه المبيع وان شاء فسخ البيع وله أن يرجع فى الحالين جميعاً على الوكيل بما نقده كذا ولو أقر الوكيل بالبيع و زعم ان الموكل قبض من المشترى الثمن وأنكر الموكل ذلك فان الوكيل يصدق فى البيع ولا يصدق فى اقراره على الموكل بالقبض لما ذكرنا و يجبر المشترى على ماذكرنا الا ان هناك لا يرجع على الوكيل بشئ لانه لم يوجد منه الاقرار بقبض الثمن وان صدقه الموكل فى البيع وقبض الثمن وكذبه فى الهلاك او الدفع اليه فالقول قول الوكيل فى دعوى الهلاك أو الدفع اليه مع يمينه لانه أمين و يجبر الموكل على تسليم العبد الى المشترى لانه ثبت البيع وقبض الثمن بتصديقه اياه ولا يؤمر المشترى بنقد الثمن ثانياً الى الموكل لانه ثبت وصول الثمن الى يد وكيله بتصديقه و وصول الثمن الى يد وكيله كوصوله الى يده هذا اذا لم يكن العبد مسلما الى الوكيل فأما اذا كان مسلماً اليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن فهلك عندى أو قال دفعته الى الموكل أو قال قبض الموكل الثمن من المشترى فان الوكيل يصدق فى ذلك كله و يسلم العبد الى المشترى و يبرأ المشترى من الثمن ولا يمين عليه (اما) اذا صدقه الموكل فى ذلك كله فلا يشكل وكذا اذا كذبه فى البيع أو صدقه فيه وكذبه فى قبض الثمن لان الوكيل أقر ببراءة المشترى عن الثمن فلا يحلف و يحلف الوكيل فان حلف على مايدعيه برئ من الثمن وان نكل عن اليمين لزمه ضمان الثمن للموكل فان استحق العبد بعد ذلك من يد المشترى فانه يرجع بالثمن على الوكيل اذا أقر بقبض الثمن منه والوكيل لا يرجع على الموكل بما ضمن من الثمن للمشترى لان الموكل لم يصدقه على قبض الثمن فاقرار الوكيل فى حقه جائز ولا يجوز فى حق الرجوع على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبض الوكيل فان نكل رجع عليه بما ضمن ولو أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لكنه كذبه فى الهلاك أو الدفع اليه فان الوكيل يرجع بما ضمن عليه لان يد وكيله كيده ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر ان الموكل قبضه من المشترى لا يرجع المشترى على الوكيل لانه لم يقبض منه الثمن ولا يرجع على الموكل أيضاً لان اقرارهما على الموكل لا يجوز ولو لم يستحق المبيع ولكنه وجد به عيباً كان له أن يخاصم الوكيل فاذا رد عليه بقضاء القاضى رجع عليه بالثمن ان أقر بقبض الثمن منه وللوكيل أن يرجع على الموكل بما ضمن اذا أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن و يكون المبيع للموكل وان لم يقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لا يرجع الوكيل بما ضمن على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبضه فان نكل رجع عليه وان حلف لا يرجع ولكنه يبيع العبد فيستوفى ماضمن من ثمن العبد فان كان فيه فضل رده على الموكل وان كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان على أحد ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر بقبض الموكل لا يرجع المشترى بالثمن على الوكيل لانه لم يدفعه اليه ولا يرجع على الموكل أيضاً لانهما لا يصدقان عليه بالقبض وعلى الموكل اليمين على البتات فان نكل رجع عليه والمبيع له وان حلف لا يرجع عليه بشئ ولكن المبيع يباع عليه وذكر الطحاوى فى الفصل الاول ان الوكيل يبيعه فى قولهما وفى قول أبى حنيفة رحمه الله لا يبيعه وجعل هذا كبيع مال المديون المفلس ولكن الوكيل لو باعه يجوز بيعه لانه لما رد عليه فسخاً عادت الوكالة فاذا بيع العبد يستوفى المشترى الثمن منه ان أقر الوكيل بقبض الموكل ولم يقر بقبض نفسه وان أقر بقبض الثمن وضمن المشترى يأخذ من الثمن مقدار ما غرم فان كان فيه فضل رده على الموكل وان كان فيه نقصان لا يرجع على أحد (ومنها) ان الوكيل بقضاء الدين اذا لم يدفع الموكل اليه مالا ليقضى دينه منه فقضاه من

مال

مال نفسه يرجع بما قضى على الموكل لان الآمر بقضاء الدين من مال غيره استقراض منه والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه وكذلك الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن الى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن والوكيل بقضاء الدين اذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل فكذا الوكيل بالشراء وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ليس له حبسه (وجه) قوله ان المبيع أمانة في يد الوكيل ألا ترى انه لو هلك في يده فالهلاك على الموكل حتى لا يسقط الثمن عنه وليس للامين حبس الامانة بعد طلب أهلها قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها فصار كالوديعة (ولنا) انه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضمانا للمبيع فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبائع مع المشترى واذا طلب منه الموكل فحبسه حتى هلك كان مضمونا عليه بلا خلاف بين أصحابنا لكنهم اختلفوا في كيفية الضمان قال أبو حنيفة ومحمد يكون مضمونا ضمان البيع وقال أبو يوسف يكون مضمونا ضمان الرهن وقال زفر يكون مضمونا ضمان الغصب (وجه) قول زفر ما ذكرنا ان المبيع أمانة في يده والامين لا يملك حبس الامانة عن صاحبها فاذا حبسها فقد صار غاصبا والمغصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغا ما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان هذه عين محبوسة بدين يسقط بهلاكها فكانت مضمونة بالاقل من قيمتها ومن الدين كالرهن (وجه) قولهما ان هذه عين محبوسة بدين هو ثمن فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع في يد البائع وكذلك الوكيل بالبيع اذا باع وسلم وقبض الثمن ثم استحق المبيع في يد المشترى فانه يرجع بالثمن على الوكيل فيأخذ عينه ان كان قائما ومثله أو قيمته ان كان هالكا والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة فنقول وبالله التوفيق الوكيل يخرج عن الوكالة بأشياء (منها) عزل الموكل اياه ونهيه لان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل به لان العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه الا بعد العلم به كالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انعزل وكذا لو كان غائبا فكتب اليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم بما فيه انعزل لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وكذلك لو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا أرسلني اليك ويقول اني عزلتك عن الوكالة فانه ينعزل كائنا ما كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أي صفة كان وان لم يكتب كتابا ولا أرسل رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينعزل في قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه اذا ظهر صدق الخبر لان خبر الواحد مقبول في المعاملات فان لم يكن عدلا فخبر العدلين أو العدل أولى وان أخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة وعندهما ينعزل اذا ظهر صدق الخبر وان كذبه (وجه) قولهما ان الاخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في الاخبار في سائر المعاملات (وجه) قول أبي حنيفة ان الاخبار عن العزل له شبه الشهادة لان فيه التزام حكم المخبر به وهو العزل وهو لزوم الامتناع من التصرف ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل فاشبه الشهادة فيجب اعتبار احد شرطيها وهو العدالة أو العدد وعلى هذا الاختلاف الشفيع اذا أخبره بالبيع واحد غير عدل فلم يصدقه ولم يطلب الشفعة حتى ظهر عنده صدق الخبر فهو على شفعته عند ابي حنيفه وعندهما بطلت شفعته وعلى هذا الاختلاف اذا جنى العبد جناية في بني آدم ثم أخبر واحد غير عدل مولاه ان عبده قد جنى فلم يصدقه حتى اعتقه لا يصير المولى مختارا للفداء عند ابي حنيفة وعندهما يصير مختارا للفداء وعلى هذا الاختلاف العبد المأذون اذا بلغه حجر المولى من غير عدل فلم يصدقه لا يصير محجورا عنده وعندهما يصير محجورا وان عزله الموكل واشهد على عزله وهو غائب ولم يخبره بالعزل احد لا ينعزل ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل في جميع الاحكام التي بيناها وعن ابي يوسف في الموكل اذا عزل الوكيل ولم يعلم به فباع الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يد الوكيل ومات

العبد قبل التسليم الى المشترى كان للمشترى ان يرجع بالثمن على الوكيل و يرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء لان العزل لم يصح لانعدام شرط صحته وهو العلم والثانى أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير فاما اذا تعلق بها حق الغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق لان فى العزل ابطال حقه من غير رضاه ولا سبيل اليه وهو كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه على يدى عدل وجعل المرتهن أو العدل مسلطاً على بيعه وقبض ثمنه عند حل الاجل فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصح به عزله لما ذكرنا وكذلك اذا وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعى بالتماس المدعى فعزله المدعى عليه بغير حضرة المدعى لا ينعزل لما ذكرنا واختلف المشايخ فيمن وكل رجلا بطلاق امرأته ان غاب ثم عزله الزوج من غير حضرة المرأة ثم غاب قال بعضهم لا يصح عزله لانه تعلق بهذه الوكالة حق المرأة فاشبه الوكيل بالخصومة وقال بعضهم يصح عزله لانه غير مجبور على الطلاق ولا على التوكيل به وانما فعله باختياره فيملك عزله كما فى سائر الوكالات ولو وكل وكالة غير جائز الرجوع يعنى بالفارسية وكيلى دمار كست هل يملك عزله اختلف المشايخ قال بعضهم ان كان ذلك فى الطلاق والعتاق لا يملك لانه لما وكله وكالة ثابتة غير جائز الرجوع عنها فقد ألحق حكم هذا التوكيل بالامر ثم لو جعل امر امرأته الى رجل يطلقها متى شاء أو أمر عبده الى رجل يعتقه متى شاء لا يملك الرجوع عنه وكذا اذا قال لرجل طلق امرأتى ان شئت أو اعتق عبدى ان شئت لا يملك عزله كذا هذا وان كان فى البيع والشراء والاجارة والنكاح ونحوه يملك عزله وقال بعضهم انه يملك العزل فى الكل لان الوكالة ليست بلازمة بل هى اباحة وللمبيح حق المنع عن المباح ولو قال وقت التوكيل كلما عزلتك فانت وكيلى وكالة مستقبلة فعزله ينعزل ولكنه يصير وكيلا ثانيا وكالة مستقبلة كما شرط لان تعليق الوكالة بالشرط جائز ولو قال الموكل للوكيل كنت وكلتك وقلت لك كلما عزلتك فانت وكيلى فيه وقد عزلتك عن ذلك كله لا يصير وكيلا بعد ذلك الا بتوكيل جديد لان من علق التوكيل بشرط ثم عزله عن الوكالة قبل وجود الشرط ينعزل الوكيل ولا يصير وكيلا بعد ذلك بوجود الشرط وقال بعضهم فى التوكيل المعلق لا يملك العزل قبل وجود الشرط و يكون الوكيل على وكالته بعد العزل وكالة مستقبلة والاول أصح لانه لما ملك العزل فى المرسل ففى المعلق أولى (ومنها) موت الموكل لان التوكيل بامر الموكل وقد بطلت أهلية الآمر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا (ومنها) جنونه جنونا مطبقاً لان الجنون المطبق مبطل لاهلية الآمر واختلف أبو يوسف ومحمد فى حد الجنون المطبق فحده أبو يوسف بما يستوعب الشهر ومحمد بما يستوعب الحول (وجه) قول محمد ان المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها فكان التقدير به أولى (وجه) قول أبى يوسف ان هذا القدر أدنى ما يسقط به عبادة الصوم فكان التقدير به أولى (ومنها) لحاقه بدار الحرب مرتداً عند أبى حنيفة وعندهما لا يخرج به الوكيل عن الوكالة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضاً فان أسلم الموكل نفذت وان قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذا الوكالة وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب اجماعا لان ردة المرأة لا تمنع نفاذ تصرفها لانها لا تؤثر فيما رتب عليه النفاذ وهو الملك (ومنها) عجز الموكل والحجر عليه بأن وكل المكاتب رجلا فعجز الموكل وكذا اذا وكل المأذون انسانا فحجر عليه لانه بالعجز والحجر عليه بطلت أهلية آمره بالتصرف فى المال فيبطل الامر فتبطل الوكالة (ومنها) موت الوكيل لان الموت مبطل لاهلية التصرف (ومنها) جنونه المطبق لما ذكرنا وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلماً لان أمره قبل الحكم بلحاقه بدار الحرب كان موقوفا فان عاد مسلماً زال التوقف وصار كانه لم يرتد أصلا وان حكم بلحاقه بدار الحرب ثم عاد مسلماً هل تعود الوكالة قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود (وجه) قوله ان نفس الردة لا تنافى الوكالة ألا ترى انها لا تبطل قبل لحاقه بدار الحرب الا انه لم يجز تصرفه فى دار الحرب لتعذر التنفيذ لاختلاف الدارين فاذا عاد زال المانع فيجوز ونظيره من وكل رجلا ببيع عبد بالكوفة فلم يبعه فيها حتى خرج الى البصرة لا يملك بيعه بالبصرة ثم اذا عاد الى الكوفة ملك بيعه فيها كذا هذا (وجه)

قول أبي يوسف ان الوكالة عقد حكم ببطلانه بلحاقه بدار الحرب فلا يحتمل العود كالنكاح (وأما) الموكل اذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنها تعود وجهه ان بطلان الوكالة لبطلان ملك الموكل فاذا عاد مسلماً عاد ملكه الاول فيعود بحقوقه (وجه) ظاهر الرواية ان لحوقه بدار الحرب بمنزلة الموت ولو مات لا يحتمل العود فكذا اذا لحق بدار الحرب (ومنها) أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف الوكيل نحو ما اذا وكله ببيع عبده فباعه الموكل أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو وهبه وكذا اذا استحق أو كان حر الاصل لان الوكيل عجز عن التصرف لزوال ملك الموكل فينتهي حكم الوكالة كما اذا هلك العبد ولو باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه بعيب بقضاء هل تعود الوكالة كما اذا هلك العبد قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود لان العائد بالفسخ عين الملك الاول فيعود بحقوقه (وجه) قول أبي يوسف ان تصرف الموكل نفسه يتضمن عزل الوكيل لانه أعجزه عن التصرف فيما وكله به والوكيل بعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا بتجديد التوكيل ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع وبين الهبة (ووجه) الفرق له لم يتضح وكذلك لو وكله بشراء شيء ثم اشتراه بنفسه وكذا اذا وكله بتزويج امرأة فتزوجها لانه عجز عن تزويجها منه فبطلت الوكالة وكذا اذا وكله بعتق عبده أو بالتدبير أو بالكتابة أو الهبة ففعل بنفسه لما قلنا وكذا اذا وكله بخلع امرأته ثم خلعها لان المختلعة لا تحتمل الخلع وكذا اذا وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثاً أو واحدة وانقضت عدتها لانها لا تحتمل الطلاق بعد الثلاث وانقضاء العدة حتى لو طلقها الزوج واحدة والعدة باقية فالوكالة قائمة لانها تحتمل الطلاق في العدة ولو وكله بالكتابة فكاتبه ثم عجز لم يكن له أن يكاتبه مرة ثانية وكذا لو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجه مرة أخرى لان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية بخلاف ما لو وكله ببيع عبده فباعه الوكيل ثم رد عليه بقضاء قاض ان له ان يبيعه ثانيا لان الرد بقضاء القاضي يوجب ارتفاع العقد من الاصل ويجعله كان لم يكن فلم يكن هذا تكرارا حتى لو رده عليه بغير قضاء قاض لم يجز له أن يبيعه لان هذا بيع جديد وقد انتهت الوكالة بالاول فلا يملك الثاني الا بتجديد التوكيل (ومنها) هلاك العبد الذي وكل ببيعه أو باعتاقه أو بهبته أو بتدبيره أو بكتابته أو نحو ذلك لان التصرف في المحل لا يتصور بعد هلاكه والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال فبطل ثم هذه الاشياء التي ذكرناها أن يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بين ما اذا علم الوكيل أو لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة لكن تقع المفارقة فيما بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل فباعه الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم الى المشتري ورجع المشتري على الوكيل بالثمن رجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حر الاصل وفيما اذا مات الموكل أو جن أو هلك العبد الذي وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل والفرق أن الوكيل هناك وان صار معزولا بتصرف الموكل لكنه صار مغرورا من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقدر في الموت وهلاك العبد والجنون واخواتها فهو الفرق ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بامره وقبض النائب كقبض المنوب عنه فكانه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب الصلح ﴾

الكلام في كتاب الصلح يقع في مواضع في بيان أنواع الصلح وفي بيان شرعية كل نوع وفي بيان ركن الصلح وفي

بيان شرائط الركن وفى بيان حكم الصلح وفى بيان ما يبطل به عقد الصلح بعد وجوده وفى بيان حكمه اذا بطل أولم يصح من الاصل (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق الصلح فى الاصل أنواع ثلاثة صلح عن اقرار المدعى عليه وصلح عن انكاره وصلح عن سكوته من غير اقرار ولا انكار وكل نوع من ذلك لا يخلو اما أن يكون بين المدعى والمدعى عليه واما أن يكون بين المدعى والاجنبي المتوسط فان كان بين المدعى والمدعى عليه فكل واحد من الانواع الثلاثة مشروع عند أصحابنا وقال ابن أبي ليلى المشروع هو الصلح عن اقرار وسكوت لا غيرهما وقال الشافعى رحمه الله المشروع هو الصلح عن اقرار لا غير (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان جواز الصلح يستدعى حقاً ثابتاً ولم يوجد فى موضع الانكار والسكوت اما فى الانكار فلأن الحق لو ثبت فانما يثبت بالدعوى وقد عارضها الانكار فلا يثبت الحق عند التعارض فاما فى السكوت فلان الساكت ينزل منكراً حكماً حتى تسمع عليه البينة فكان انكاره معارضاً لدعوى المدعى فلم يثبت الحق ولو بذل المال لبذله لدفع خصومة باطلة فكان فى معنى الرشوة (ولنا) ظاهر قوله تعالى والصلح خير وصف الله تعالى عز شأنه جنس الصلح بالخيرية ومعلوم ان الباطل لا يوصف بالخيرية فكان كل صلح مشروعاً بظاهر هذا النص الا ما خص بدليل وعن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن أمر رضى الله عنه برد الخصوم الى الصلح مطلقاً وكان ذلك بحضر من الصحابة الكرام رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعاً من الصحابة فيكون حجة قاطعة ولان الصلح شرع للحاجة الى قطع الخصومة والمنازعة والحاجة الى قطعها فى التحقيق عند الانكار اذ الاقرار مسالمة ومساعدة فكان أولى بالجواز ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الانكار وقال الشيخ أبو منصور الماتريدى السمرقندى رحمه الله ما صنع الشيطان من ايقاع العداوة والبغضاء فى بنى آدم ما صنع الشافعى رحمه الله فى انكاره الصلح على الانكار وقوله ان الحق ليس بثابت قلنا هذا على الاطلاق ممنوع بل الحق ثابت فى زعم المدعى وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعا فكان هذا صلحاً عن حق ثابت فكان مشروعا

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الصلح فالايجاب والقبول وهو أن يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا أو من دعواك كذا على كذا ويقول الآخر قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فاذا وجد الايجاب والقبول فقد تم عقد الصلح

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المصالح وبعضها يرجع الى المصالح عليه وبعضها يرجع الى المصالح عنه (أما) الذى يرجع الى المصالح فانواع (منها) أن يكون عاقلا وهذا شرط عام فى جميع التصرفات كلها فلا يصح صلح المجنون والصبى الذى لا يعقل لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل (فاما) البلوغ فليس بشرط حتى يصح صلح الصبى فى الجملة وهو الصبى المأذون اذا كان له فيه نفع أو لا يكون له فيه ضرر ظاهر بيان ذلك اذا وجب للصبى المأذون على انسان دين فصالحه على بعض حقه فان لم يكن له عليه بينة جاز الصلح لان عند انعدام البينة لا حق له الا الخصومة والحلف والمال أنفع له منهما وان كان له عليه بينة لا يجوز الصلح لان الحط تبرع وهو لا يملك التبرعات ولو أخر الدين جاز سواء كانت له بينة أو لا فرقا بينه وبين الصلح لان تأخير الدين من أعمال التجارة والصبى المأذون فى التجارات كالبالغ ألا ترى أنه يملك التأجيل فى نفس العقد بان يبيع باجل فيملكه متأخرا عن العقد أيضا بخلاف الحط لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه الا أنه يملك حط بعض الثمن لاجل العيب لان حط بعض الثمن للعيب قد يكون أنفع من أخذ المبيع المعيب فكان ذلك من باب التجارة فيملكه ولو صالح الصبى المأذون من المسلم فيه على رأس المال جاز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال اقالة للعقد والاقالة من باب التجارة وكذلك لو اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على أن قبلها جاز لان الثمن انفع من المبيع المعيب عادة ولو صالحه البائع فحط عنه بعض الثمن لا شك فيه أنه يجوز لان الحط من البائع تبرع منه على الصبى فيصح ولو ادعى انسان

عليه دينا فاقر به فصالحه على ان حط عنه البعض جاز لان اقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعا على الصبي بحط بعض الحق الواجب عليه والصبي من أهل أن يتبرع عليه فيصح وكذلك حرية المصالح ليست بشرط لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد المأذون اذا كان له فيه منفعة أو كان من التجارة الا أنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق اذا كان له عليه بينة و يملك التأجيل كيف ما كان و يملك حط بعض الثمن لاجل العيب لما قلنا ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكرنا في الصبي المأذون وكذلك لو ادعى على انسان دينا وهو مأذون فأقر به ثم صالحه على أن حط بعضه جاز لان اقرار العبد المأذون بالدين صحيح فكان الحط من المدعى تبرعا على العبد ببعض الدين فيصح ولو حجر عليه المولى ثم ادعى انسان عليه دينا فأقر به وهو محجور ثم صالحه عنه على مال ضمنه باقراره فان لم يكن في يده مال لا ينفذ الصلح لان اقرار المحجور لا ينفذ اذا لم يكن في يده مال واذا لم ينفذ لم ينفذ الصلح فلا يطالب به للحال ولكن يطالب به بعد العتق لان اقراره من نفسه صحيح لصدوره من أهله الا أنه اذا لم يظهر في حق المولى للحال لمانع وهو حق المولى فاذا عتق زال المانع فيظهر حينئذ وأما اذا كان في يده مال فيجوز اقراره عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز (وجه) قولهما ان هذا اقرار المحجور لبطلان الاذن بالحجر واقرار المحجور غير صحيح (وجه) قول أبي حنيفة ان اقرار المحجور اذا كان في يده مال صحيح لان العبد المحجور من أهل الاقرار وانما المانع من ظهوره حق المولى فاذا كانت يده ثابتة على هذا المال منع ظهور حق المولى لانه يحتمل أن يكون صادقا في اقراره فيمنع ظهور حق المولى فيه و يحتمل أن يكون كاذبا فلا يظهر فلا تبطل يده الثابتة عليه بالشك بخلاف ما اذا لم يكن في يده مال لان يد المولى ثابتة حقيقة والاقرار في نفسه محتمل فلا يوجب بطلان يده الثابتة حقيقة مع الشك والاحتمال وكذلك المكاتب نظير العبد المأذون في جميع ما ذكرنا لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فان عجز المكاتب فادعى رجل عليه دينا فاصطلحا على أن يأخذ بعضه و يؤخر بعضه فان لم يكن له عليه بينة لا يجوز لانه لما عجز فقد صار محجورا عن التصرف فلا يصح صلحه وان كانت له عليه بينة جاز لانه وان عجز فالخصم في ديونه هو فيملك التصرف فيها بحط البعض بالصلح (ومنها) أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضرا به مضرة ظاهرة حتى ان من ادعى على صبي دينا فصالح أب الوصي من دعواه على مال الصبي الصغير فان كان للمدعى بينة وما أعطى من المال مثل الحق المدعى أو زيادة يتغابن في مثلها فالصلح جائز لان الصلح في هذه الصورة لمعنى المعاوضة لامكان الوصول الى كل الحق بالبينة والاب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغبن اليسير وان لم تكن له بينة لا يجوز لان عند انعدام البينة يقع الصلح تبرعا بمال الصغير وانه ضرر محض فلا يملكه الاب ولو صالح من مال نفسه جاز لانه ما أضر بالصغير بل نفعه حيث قطع الخصومة عنه ولو ادعى أب الصغير على انسان دينا للصغير فصالح على أن حط بعضه واخذ الباقي فان كان له عليه بينة لا يجوز لان الحط منه تبرع من ماله وهو لا يملك ذلك وان صالحه على مثل قيمة ذلك الشيء أو نقص منه شيأ يسيرا جاز لان الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يملك البيع فيملك الصلح وهل يملك الاب الحط من دين وجب للصغير والابراء عنه هذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان كان ولي ذلك العقد بنفسه (واما) ان لم يكن وليه فان لم يكن وليه لا يجوز بالاجماع لان الحط والابراء من باب التبرع والاب لا يملك التبرع لكونه مضرة محضة وان كان وليه بنفسه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وهذا على اختلافهم في الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشترى عن الثمن أو حط بعضه وقد ذكرناه في كتاب الوكالة ولا يجوز صلح أحد على حمل أيا كان المصالح أو غيره وان خرج حيا بعد ذلك وورث وجازت الوصايا لانه لو صح عليه لكان لا يخلو اما أن يصح على اعتبار الحال واما أن يصح على اعتبار الانفصال لا سبيل الى الاول لان الصلح عليه من باب تنفيذ الولاية وهو للحال لا يوصف بكونه موليا عليه ولا سبيل الى الثاني لان الصلح لا يحتمل الاضافة الى الوقت و يملك الاب استيفاء القصاص في النفس وما دونها ولا يملك الوصي استيفاء القصاص في النفس والفرق ان استيفاء القصاص تصرف

على نفس الصغير بالاحياء وتحصيل التشفى قال الله تعالى عز شأنه ولكم فى القصاص حياة وكذا منفعة التشفى راجعة الى نفسه وللأب ولاية على نفس الصغير ولا ولاية للوصى عليها ولهذا املك انكاحه دون الوصى الا أنه يملك القصاص فيما دون النفس لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال لشبهه بالاموال ألا ترى ان القصاص لا يجرى بين طرف الحر والعبد ولا بين طرف الذكر والانثى مع جريان القصاص بينهم فى الانفس و يستوفى القصاص فيما دون النفس فى الحر كما يستوفى فى سائر الحقوق المالية فيه ولا يستوفى القصاص فى النفس فيه و يقضى بالنكول فى الاطراف كما يقضى به فى الاموال عند أبى حنيفة ولا يقضى به فى الانفس وله ولاية التصرف فى الحال والمال فيلى التصرف فيما دون النفس و يملك الاب الصلح عن القصاص فى النفس وما دونه لانه لما ملك الاستيفاء فلأن يملك الصلح أولى لانه أنفع من الاستيفاء وكذا الوصى يملك الصلح عن القصاص فيما دون النفس لانه يملك الاستيفاء فيما دون النفس فكذا الصلح عنه لانه أنفع وهل يملك الصلح عن القصاص فى النفس ذكر فى كتاب الصلح انه لا يملك وذكر فى الجامع الصغير انه يملك وكذا روى القدورى رحمه الله فعلى رواية الجامع يحتاج الى الفرق بين الاستيفاء و بين الصلح (و وجه) الفرق بينهما ظاهر لما ذكرنا أن القصاص تصرف فى النفس بتحصيل الحياة والتشفى ولا ولاية له على نفسه فلا يملك الاستيفاء فأما الصلح فتصرف فى المال وله ولاية التصرف فى المال وانه فرق واضح (وجه) رواية الصلح أن الصلح اعتياض عن القصاص فاذا لم يملك القصاص فكيف يملك الاعتياض عنه ولو صالح الاب أو الوصى على أقل من الدية فى الخطأ وشبه العمد لا يجوز لان الحط تبرع وهما لا يملكان التبرع بمال اليتيم والحط القليل والكثير سواء بخلاف الغبن اليسير فى البيع انهما يملكانه والفرق أن الحط نقصان متحقق لان الدية مقدرة بمقدار معلوم فالنقصان عنه متحقق وان قل والنقصان فى البيع غير متحقق لان العوض فيه غير مقدر لاختلافه بتقويم المقومين فاذا لم يتقدر العوض لا يتحقق النقصان (ومنها) أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف فى ماله كالاب والجد والوصى لان الصلح تصرف فى المال فيختص بمن يملك التصرف فيه (ومنها) أن لا يكون مرتدا عند أبى حنيفة وعندهما صلحه نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة لكن عند محمد نفاذ تصرف المريض وعند أبى يوسف نفاذ تصرف من عليه القصاص فى النفس والمسئلة تعرف فى موضعها ان شاء الله تعالى وأما المرتدة فصلحها جائز بلا خلاف لان حكمها حكم الحربية الا انها اذا التحقت بدار الحرب وقضى القاضى بذلك بطل بعضه دون بعض كصلح الحربية لثبوت أحكام أهل الحرب فى حقها بالتحاقها بدار الحرب

﴿فصل﴾ وأما الشرائط التى ترجع الى المصالح عليه فأنواع (منها) أن يكون مالا فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الاحرام والحرم وكل ما ليس بمال لان فى الصلح معنى المعاوضة فما لا يصلح عوضا فى البياعات لا يصلح بدل الصلح وكذا اذا صالح على عبد فاذا هو حر لا يصح الصلح لانه تبين أن الصلح لم يصادف محله وسواء كان المال عينا أو دينا أو منفعة ليست بعين ولا دين لان العوض فى المعاوضات المطلقة قد يكون عينا وقد يكون دينا وقد يكون منفعة الا انه يشترط القبض فى بعض الاعواض فى بعض الاحوال دون بعض وجملة الكلام فيه أن المدعى لا يخلو من أحد وجوه (اما) أن يكون عينا وهو ما يحتمل التعيين مطلقا جنسا ونوعا وقدرا وصفة واستحقاقا كالعروض من الثياب والعقار من الارضين والدور والحيوان من العبيد والدواب والمكيل من الحنطة والشعير والموزون من الصفر والحديد (واما) أن يكون دينا وهو ما لا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل الموصوف فى الذمة والموزون الموصوف سوى الدراهم والدنانير والثياب الموصوفة والحيوان الموصوف (واما) أن يكون منفعة (واما) أن يكون حقا ليس بعين ولا دين ولا منفعة و بدل الصلح لا يخلو من أن يكون عينا أو دينا أو منفعة والصلح لا يخلو من أن يكون عن اقرار المدعى عليه أو عن انكاره أو عن سكوته فان كان المدعى عينا فصالح منها عن اقرار يجوز سواء كان بدل الصلح عينا أو دينا بعد أن كان معلوم القدر والصفة الا الحيوان والا الثياب الا بجميع شرائط

السلم لان هذا الصلح من الجانبين جميعا فى معنى البيع فكان بدل الصلح فى معنى الثمن وهذه الاشياء تصلح ثمنا فى البياعات عينا كانت أودينا الا الحيوان لانه يثبت دينا فى الذمة بدلا عما هو مال أصلا والثياب لا تثبت دينا فى الذمة الا بشرائط السلم من بيان القدر والوصف والاجل والمكيل والموزون يثبتان فى الذمة مطلقا فى المعاوضة المطلقة من غير أجل ولا يشترط قبضه فى المجلس لانه ليس بصرف ولا فى ترك قبضه افتراق عن دين بدين بل هو افتراق عن عين بعين أو عين بدين وكل ذلك جائز وان كان دينا فان كان دراهم أودنانير فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منها على خلاف جنسها أو على جنسها فان صالح منها على خلاف جنسها فان صالح منها على عين جاز لان الصلح عليها فى معنى بيع الدين بالعين وانه جائز ولا يشترط القبض وان صالح منها على دين سواه لا يجوز لانه بائع ماليس عنده لان الدراهم والدنانير أثمان أبدا وماوقع عليه الصلح مبيع فالصلح فى هذه الصورة يقع بيع ماليس عند البائع وانه منهى عنه وان صالح منها على جنسها فان صالح من دراهم على دراهم فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه (واما) ان صالح على أقل من حقه (واما) ان صالح على أكثر من حقه فان صالح على مثل حقه قدرا ووصفا بان صالح من ألف جياد على ألف جياد فلا شك فى جوازه ولا يشترط القبض لان هذا استيفاء عين حقه أصلا و وصفا ولو صالح على أقل من حقه قدرا و وصفا بان صالح من الالف الجياد على خمسمائة نبهرجة يجوز أيضا ويحمل على استيفاء بعض عين الحق أصلا والابراء عن الباقى أصلا و وصفا لان أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن ولو حمل على المعاوضة يؤدى الى الربا لانه يصير بائعا ألفا بخمسمائة وانه ربا فيحمل على استيفاء بعض الحق والابراء عن الباقى ولا يشترط القبض و يجوز مؤجلا لان جوازه ليس بطريق المعاوضة ليكون صرفا وكذلك ان صالح على أقل من حقه وصفا لا قدرا بأن صالح عن الف جياد على الف نبهرجة أو صالح على أقل من حقه قدرا لا وصفا بأن صالح من ألف جياد على خمسمائة جيدة يجوز و يحمل على استيفاء البعض والحط والابراء والتجوز بدون الحق أصلا ووصفا يجوز من غير قبض ومؤجلا ولو صالح على أكثر من حقه قدرا ووصفا بأن صالح من الف نبهرجة على الف وخمسمائة جياد أو صالح على أكثر من حقه قدرا لا وصفا بأن صالح من الف جياد على الف وخمسمائة نبهرجة لا يجوز لأنه ربا لانه يحمله على المعاوضة هنا لتعذر حمله على استيفاء البعض واسقاط الباقى وان صالح على أكثر من حقه وصفا لا قدرا بأن صالح من ألف نبهرجة على ألف جياد جاز و يشترط الحلول أو التقابض حتى لو كان الصلح مؤجلا ان لم يقبض فى المجلس يبطل لانه صرف (وأما) اذا صالح على أكثر من حقه وصفا وأقل منه قدرا بأن صالح من الف نبهرجة على خمسمائة جياد لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الآخر وكان يقول أولا يجوز ثم رجع (وجه) قوله الاول ان هذا حط بعض حقه وهو خمسمائة نبهرجة فيبقى عليه خمسمائة نبهرجة الا أنه أحسن فى القضاء بخمسمائة جيدة فلا يمنع عنه حتى انه لو امتنع لا يكون عليه الا خمسمائة نبهرجة (وجه) ظاهر الرواية ان الصلح من الالف النبهرجة على الخمسمائة الجيدة اعتياض عن صفة الجودة وهذا لا يجوز لان الجودة فى الاموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء فلا يصح الاعتياض عنها لسقوط قيمتها شرعا والساقط شرعا والعدم الاصلى سواء ولان الصلح على هذا الوجه لا يخلو اما أن يجعل استيفاء لعين الحق أو يجعل معاوضة لا سبيل الى الاول لان حقه فى الردىء لا فى الجيد فيحمل على المعاوضة فيصير بائعا الف نبهرجة بخمسمائة جيدة فيكون ربا وكذلك حكم الدنانير والصلح منها على دنانير كحكم الدراهم فى جميع ماذكرنا ولو صالح من دراهم على دنانير أو من دنانير على دراهم جاز و يشترط القبض فى المجلس لانه صرف ولو ادعى الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم الى شهر جاز وطريق جوازه بان يجعل حطا لا معاوضة لانه لو جعل معاوضة لبطل لانه يصير بعض المائة عوضا عن الدنانير والبعض عوضا عن الدراهم فيصير بائعا تسعمائة بخمسين فيكون ربا وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وأمكن أن يجعل حطا للدنانير أصلا و بعض الدراهم

وذلك تسعمائة وتأجيل البعض وذلك مائة الى شهر وكذلك لوكان عليه ألف درهم وكر فصالحه على مائة جاز وطريق جوازه أن يجعل حطا واسقاطا للكر لا معاوضة لان استبدال المسلم فيه لا يجوز ولوكان المال لان عليه لرجلين لاحدهما دراهم والآخر دنانير فصالحه على مائة درهم جاز وطريقة جوازه أن يعتبر معاوضة فى حق أحدهما وحطا واسقاطا فى حق الآخر وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينهما من الدراهم والدنانير فالقدر الذى أصاب الدنانير يكون عوضا عنها فيكون صرفا فيراعى فيه شرائط الصرف فيشترط القبض فى المجلس والقدر الذى أصاب الدراهم لا يجوز أن يجعل عوضا لانه يؤدى الى الربا فيجعل الصلح فى حقه استيفاء لبعض الحق وابراء عن الباقى والاصل أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حقه من الدراهم والدنانير يعتبر استيفاء لبعض الحق وابراء عن الباقى ومتى وقع على أكثر من جنس حقه منها أو وقع على جنس آخر من الدين والعين يعتبر معاوضة لانه لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق والابراء عن الباقى لان استيفاء عين الحق من جنسه يكون ولم يوجد فيعتبر معاوضة فاجازت به المعاوضات يجوز هذا وما فسدت به تلك يفسد به هذا وقد ذكرنا بعض مسائل هذا الاصل وعلى هذا اذا صالح من ألف حالة على ألف مؤجلة جاز ويعتبر حطا للحلول وتأجيلا للدين وتجوزا بدون من حقه لا معاوضة ولو صالح من ألف حالة على خمسمائة قد ذكرنا انه يجوز ويعتبر استيفاء لبعض حقه وابراء عن الباقى وأما اذا صالح على خمسمائة أن يعطيها اياه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان وقت لاداء الخمسمائة وقتا (واما) ان لم يؤقت فان لم يؤقت فالصلح جائز ويكون حطا للخمسمائة لان هذا الشرط لا يفيد شيأ لم يكن من قبل ألا ترى انه لو لم يذكر للزمه الاعطاء فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وكذلك الحط على هذا بان قال للغريم حططت عنك خمسمائة على أن تعطينى خمسمائة لما بينا وان وقت بان قال صالحتك على خمسمائة على أن تعطنيها اليوم أو على أن تعجلها اليوم فاما ان اقتصر على هذا القدر ولم ينص على شرط العدم واما ان نص عليه فقال فان لم تعطنى اليوم أو ان لم تعجل اليوم او على أن تعجلها اليوم فالالف عليك فان نص عليه فان أعطاه وعجلت فى اليوم فالصلح ماض وبرئ عن خمسمائة وان لم يعطه حتى مضى اليوم فالالف عليه بلا خلاف وكذلك الحط على هذا (وأما) اذا اقتصر عليه ولم ينص على شرط العدم فان اعطاه فى اليوم برئ عن خمسمائة بالاجماع وأما اذا لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح والالف عليه عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف الصلح ماض وعليه خمسمائة فقط (وجه) قوله ان شرط التعجيل ما أفاده شيأ لم يكن من قبل لان التعجيل كان واجبا عليه بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو سكت عنه لكان الامر على ما وصفنا فكذا هذا بخلاف ما اذا قال فان لم تفعل فكذا لان التنصيص على عدم الشرط نفى للمشروط عند عدمه فكان مفيدا (وجه) قولهما أن شرط التعجيل فى هذه الصورة شرط انفساخ العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف العاقل لان العاقل يقصد بتصرفه الافادة دون اللغو واللعب والعبث ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للغا لان التعجيل ثابت بدونه فيجعل ذكر شرط التعجيل ظاهرا شرطا لانفساخ العقد عند عدم التعجيل فصار كانه نص على هذا الشرط فقال فان لم تعجل فلا صلح بيننا ولوكان كذلك لكان الامر على ما نص عليه فكذا هذا وتبين بهذا أن هذا تعليق الفسخ بالشرط لا تعليق العقد كما اذا باع بألف على أن ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فان لم ينقده فلا بيع بينهما وذلك جائز لدخول الشرط على الفسخ لا على العقد فكذا هذا وكذلك لو أخذ منه كفيلا وشرط على الكفيل أنه ان لم يوفه خمسمائة الى رأس الشهر فعليه كل المال وهو الالف فهو جائز والالف لازمة للكفيل ان لم يوفه لانه جعل عدم ايفاء الخمسمائة الى رأس الشهر شرطا للكفالة بألف فاذا وجد الشرط ثبت المشروط ولو ضمن الكفيل الالف ثم قال حططت عنك خمسمائة على أن توفينى رأس الشهر خمسمائة فان لم تفعل فالالف عليك فهذا أوثق من الباب الاول لان هذا هنا علق الحط بشرط التعجيل وهو ايفاء الخمسمائة رأس الشهر وجعل عدم هذا الشرط شرطا لانفساخ الحط وفى الباب الاول جعل عدم التعجيل شرطا للعقد وهو الكفالة بالالف والفسخ للشرط أقبل من العقد لذلك كان الثانى

أوثق من الاول وكذلك لوجعل المال نجو ما بكفيل أو بغير كفيل وشرط أنه ان لم يوفه كل نجم عند محله فالمال حال عليه فهو جائز على ماشرط لانه جعل الاخلال بنجم شرطا لحلول كل المال عليه وأنه صحيح ولوكان له عليه ألف فقال أد الى من الالف خمسمائة غدا على أنك برىء من الباقى فان ادى اليه خمسمائة غدا يبرأ من الباقى اجماعا وان لم يؤد فعليه الالف عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف ليس عليه الا خمسمائة وقد مرت المسئلة ولوقال ان أديت الى خمسمائة فانت برىء من الباقى أو قال متى أديت فادى اليه خمسمائة لا يبرىء عن الخمسمائة الباقية حتى يبرئه وكذلك اذا قال لمكاتبه ذلك فادى خمسمائة لا يبرأ عن الباقى حتى يبرئه لان هذا تعليق البراءة بالشرط وانه باطل بخلاف مااذا كان بلفظ الصلح أو الحط أو الامر لان ذلك ليس تعليق بالبراءة بالشرط على مامر ولوقال لمكاتبه ان اديت الى خمسماية فانت حر فادى خمسماية عتق لان هذا تعليق العتق بالشرط وذلك فى حق المكاتب صحيح ولو كان له على انسان ألف مؤجلة فصالح منها فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان صالح منها على أقل من حقه أو على تمام حقه وكل ذلك لا يخلو من ان يشترط التعجيل أولم يشترط فان صالح على اقل من حقه قدرا أو وصفا أو وقدرا ووصفا ولم يشترط التعجيل لما وقع عليه الصلح جاز ويكون حطا وتجوزا بدون حقه وله ان يأخذ الباقى بعد حل الاجل وان شرط التعجيل فالصلح باطل وعليه رد ماقبض والرجوع برأس ماله بعد حل الاجل لان فيه معاوضة الاجل وهو التعجيل بالحط وهذا لا يجوز لان الاجل ليس بمال وان صالح على تمام حقه جاز وان شرط التعجيل فان صالح من ألف مؤجلة على ألف معجلة لكن بشرط القبض قبل الافتراق عن المجلس وكذلك حكم الدنانير على هذا ولوكان الواجب عليه قيمة المستهلك فان كان المستهلك من ذوات القيمة فصالح فان صالح على الدراهم والدنانير حالة أو مؤجلة جاز الصلح لان الواجب فى ذمته قبل المتلف صورة ومعنى كذا الاستهلاك تحقيقا للماثلة المعلقة ثم يملكه بأداء الضمان فاذا صالح كان هذا الصلح على عين حقه فيجوز على أى وصف كان وان صالح على غير الدراهم والدنانير ان كان عينا جاز ولا يشترط القبض وان كان دينا موصوفا يجوز أيضا لكن القبض فى المجلس شرط ولو كان الواجب عليه مثل المستهلك فان كان من ذوات الامثال كالمكيل والموزون الذى ليس فى تبعيضه ضرر فحكم الصلح فيه كحكم الصلح فى كر الحنطة فنقول وبالله التوفيق اذا كان المدعى دينا سوى الدراهم والدنانير فان كان مكيلا بان كان كر حنطة مثلا فصالح منه لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح على جنسه أو على خلاف جنسه فان صالح على جنسه لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه (واما) على أقل منه (واما) ان صالح على أكثر منه فان صالح على مثل حقه قدرا أو وصفا جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وان صالح على أقل من حقه قدرا أو وصفا جاز ويكون حطا لا معاوضة لما ذكرنا فى الدراهم ولا يشترط القبض ويكون مؤجلا وان صالح على أقل من حقه وصفا لا قدرا جاز أيضا ويكون استيفاء لعين حقه أصلا وابراءله عن الصفة فلا يشترط للقبض ويجوز حتى لا يبطل بالتأجيل أو تركه ويعتبر رضا بدون حقه ولو صالح على أكثر من حقه قدرا أو وصفا أو قدرا لا وصفا لا يجوز لانه ربا وان صالح على أكثر منه وصفا لا قدرا بان صالح من كر ردىء على كر جيد جاز ويعتبر معاوضة احترازا عن الافتراق عن دين بدين ولو صالح منه على كر مؤجل جاز لانه حط حقه فى الحلول ورضى بدون حقه كما فى الدراهم والدنانير هذا اذا كان أكثر الدين حالا فان كان مؤجلا فصالح على بعض حقه أو على تمام حقه فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى الصلح من الالف المؤجلة من غير تفاوت هذا اذا صالح من الكر على جنسه فان صالح على خلاف جنس حقه فان كان الكر الذى عليه سلما لا يجوز بحال لان الصلح على خلاف جنس المسلم فيه يكون معاوضة وفيه استبدال المسلم فيه قبل قبضه الا أن يكون الصلح منه على رأس المال يجوز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال يكون اقالة للسلم وفسخا له وذلك جائز وان لم يكن سلما فصالح على خلاف جنس حقه فان كان ذلك من الدراهم والدنانير جاز ويشترط القبض وان كان معينا مشارا اليه لانها لا تتعين بالتعيين فكان ترك قبضه افتراقا عن دين بدين وان كان ذلك من المكيلات

وهو عين جاز ولا يشترط القبض وان كان موصوفا فى الذمة جاز أيضا فرق بين هذا و بين ما اذا كان عليه دراهم أو دنانير فصالح منها على مكيل أو موزون موصوف فى الذمة انه لا يجوز لان ذلك مبيع ألا ترى انه قوبل بالأثمان والمبيع ما يقابل بالثمن وهذا لا يقابل بالثمن فلا يكون مبيعاً الا انه لا بد من القبض فى المجلس احترازا من الافتراق عن دين بدين وان كان من العروض والحيوان فان كان عيناً جاز وان كان ديناً يجوز فى الثياب الموصوفة اذا أتى بشرائط السلم لكن القبض فى المجلس شرط احترازا عن الافتراق عن دين بدين ولا يجوز فى الحيوان الموصوف بحال لانه لا يثبت ديناً فى الذمة بدلا عما هو مال وكذلك اذا كان المدعى موزونا دينا موصوفا فى الذمة فصالح منه على جنسه أو على خلاف جنسه الى آخر ماذكرنا فى المكيل الموصوف هذا اذا كان المدعى مكيلا أو موزونا دينا موصوفا فى الذمة فان كان ثوب السلم فصالح منه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منه على جنسه واما ان صالح منه على خلاف جنسه فان صالح على جنسه فهو على ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه أو أكثر منه أو أقل فان صالح على مثل حقه قدرا ووصفا فان صالح من ثوب هروى جيد على ثوب هروى جيد جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وكذلك ان صالح على أقل من حقه قدرا ووصفا أو وصفا لا قدرا يجوز ويكون هذا استيفاء لبعض عين حقه وحطاً للباقى وابراء عنه أصلا ووصفا والابراء عن المسلم فيه صحيح لان قبضه ليس بواجب وان صالح على أقل من حقه قدرا لا وصفا بان صالح من ثوب ردىء على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الدراهم والدنانير والمكيل والموزون الموصوفين بان صالح من ألف نبهرجة على خمسمائة جياد أو صالح من كر ردىء على نصف كر جيد أو صالح من من حديد ردىء على نصف من جيد انه لا يجوز والفرق ان المانع من الجواز هو الاعتياض عن الجودة هنا جائز لان الجودة فى غير الاموال الربوية عند مقابلتها بجنسها القيمة بخلاف الاموال الربوية وهذا لان الاصل أن تكون الجودة متقومة فى الاموال كلها لانها صفة مرغوبة يبذل العوض فى مقابلتها الا ان الشرع أسقط اعتبارها فى الاموال الربوية تعبدا بقوله جيدها ورديئها سواء فبقيت متقومة فى غيرها على الاصل فيصح الاعتياض عنها وان صالح على أكثر من حقه قدرا ووصفا بان صالح من ثوب هروى جيد على ثوبين هرويين جيدين يجوز لكن يشترط القبض لان جوازه بطريق المعاوضة والجنس بانفراده يحرم النساء فلا بد من القبض لئلا يؤدى الى الربا وكذلك ان صالح على أكثر من حقه قدرا لا وصفا بان صالح عن ثوب هروى جيد على ثوبين هرويين رديئين جاز والقبض شرط لما ذكرنا ولو صالح على أكثر من حقه وصفا لا قدرا بأن صالح من ثوب ردىء على ثوب جيد جاز لانه معاوضة اذ لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق لان الزيادة غير مستحقة له فيحمل على المعاوضة ويشترط القبض لئلا يؤدى الى الربا وان صالح على خلاف جنس حقه كائنا ما كان لا يجوز دينا كان أو عينا لان فيه استبدال المسلم فيه قبل القبض وانه لا يجوز الا على رأس مال السلم لان الصلح عليه يكون اقالة وفسخا لا استبدالا وان كان المدعى حيوانا موصوفا فى الذمة فى قتل الخطأ أو شبه العمد فصالح فنقول الجملة فيه ان هذا فى الاصل لا يخلو من وجهين (اما) ان صالح على ما هو مفروض فى باب الدية فى الجملة (واما) ان صالح على ما ليس بمفروض فى الباب أصلا وكل ذلك لا يخلو اما ان صالح قبل تعيين القاضى نوعا من الانواع المفروضة أو بعد تعيينه نوعا منها فان صالح على المفروض قبل تعيين القاضى بان صالح على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار أو على مائة من الابل أو على مائة بقرة أو على ألفى شاة أو على مائتى حلة جاز الصلح وهو فى الحقيقة تعيين منها للواجب من أحد الانواع المفروضة بمنزلة تعيين القاضى فيجوز ويكون استيفاء لعين حقه الواجب عند اختياره ذلك فعلا برضا القاتل وكذا اذا صالح على أقل من المفروض يكون استيفاء لبعض عين الحق وابراء عن الباقى وان صالح على أكثر من المفروض لا يجوز لانه ربا ولو صالح بعد ما عين القاضى نوعا منها فان صالح على جنس حقه المعين جاز اذا كان مثله أو أقل منه وان كان أكثر لا يجوز لانه ربا وان صالح على خلاف الجنس المعين فان كان من جنس المفروض فى الجملة بان عين القاضى مائة من الابل فصالح على مائة من البقر أو أكثر

جاز وتكون معاوضة لان الابل تعينت واجبة بتعيين القاضي فلم يبق غيره واجبا فكانت البقر بدلا عن الواجب في الذمة فكانت معاوضة ولا بد من القبض احترازا عن الافتراق عن دين بدين وكذلك اذا كان من خلاف جنس المفروض بأن صالح على مكيل أوموزون سوى الدراهم والدنانير جاز ويكون معاوضة ويشترط التقابض لما قلنا ولو صالح على قيمة الابل أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان قيمة الابل دراهم ودنانير وانها ليست من جنس الابل فكان الصلح عليها معاوضة فيجوز قل أوكثر ولا يشترط القبض وكذلك اذا صالح من الابل على دراهم في الذمة وافترقا من غير قبض جاز وان كان هذا افتراقا عن دين بدين لان هذا المعنى ليس بمعاوضة بل هو استيفاء عين حقه لان الحيوان الواجب في الذمة وان كان دينا لكنه ليس بدين لازم الاترى ان من عليه اذا جاء بقيمته يجبر من له على القبول بخلاف سائر الديون فلا يكون افتراقا عن دين بدين حقيقة هذا اذا قضى القاضي عليه بالابل فان قضى عليه بالدراهم والدنانير فصالح من مكيل أوموزون سوى الدراهم والدنانير أو بقر ليس عنده لا يجوز لان ما يقابل هذه الاشياء دراهم أودنانير وانها أثمان فتتعين هذه مبيعة وبيع المبيع الذي ليس بعين لا يجوز الا بطريق السلم هذا اذا صالح على المفروض في باب الدية فاما اذا صالح على ماليس بمفروض أصلا كالمكيل والموزون سوى الدراهم والدنانير ونحو ذلك مما لا يدخل له في الفرض قبل تعيين القاضي جاز وان كانت قيمته أكثر من المفروض لكن القبض في المجلس شرط لانه معاوضة فيجوز ولا بد من القبض لما قلنا وان كان بعد تعيين القاضي فهو على ماذكرنا من التفصيل وكذلك حكم الصلح عن انكار المدعى عليه وسكوته بحكم الصلح عن اقراره في جميع ماوصفنا هذا الذي ذكرنا اذا كان بدل الصلح مالا عينا أودينا فاما اذا كان منفعة بأن صالح على خدمة عبد بعينه او ركوب دابة بعينها أو على زراعة أرض أوسكنى دار وقتا معلوما جاز الصلح ويكون في معنى الاجارة سواء كان الصلح عن اقرار المدعى عليه أوعن انكاره أوعن سكوته لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض وقد وجد اما في موضع الاقرار فظاهر لان بدل الصلح عوض عن المدعى وكذا في موضع الانكار في جانب المدعى وفي جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة واليمين وكذا في السكوت لان الساكت منكر حكما سواء كان المدعى عينا أودينا لكن تمليك المنفعة قد يكون بالعين وقد يكون بالدين كما في سائر الاجارات وان كان المدعى منفعة فان كانت المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وأصل المسئلة في كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما تصح به الاجارات ويفسد بما تفسد به ولصاحب العبد أن يعتقه لان صحة الاعتاق يقف على قيام ملك الرقبة وانه قائم فأشبه اعتاق المستأجر والمرهون وليس له أن يبيعه لان جواز البيع بعد ملك اليد ولم يوجد فلا يجوز بيعه كالعبد المستأجر والمرهون وله أن يؤاجره من غيره لان منفعته صارت مملوكة له بالصلح فان شاء استوفاه بنفسه وان شاء ملكها من غيره كالعبد المستأجر وله أن يؤاجره من المدعى عليه في مدة الصلح عند أبي يوسف ولا يبطل الصلح كما لو آجره من غيره وعند محمد لا يجوز ويبطل الصلح كما لو آجره من المؤاجر في مدة الاجارة وانه لا يجوز بالاجماع وتبطل الاجارة الاولى ولا يجب على المستأجر شئ من الاجرة كذا هذا وله أن يسافر به وذكر في الاجارة ان من استأجر عبدا للخدمة لم يكن له أن يسافر به للتفاوت بين خدمتي السفر والحضر والفرق ان المسافرة بالعبد المستأجر للخدمة الحاق الضرر بالآجر لان مؤنة الرد في باب الاجارة عليه وربما يلزمه برده مؤنة تزيد على الاجرة فيتضرر به فلم يملك المسافرة به دفعا للضرر عنه وهذا المعنى ههنا منعدم لان مؤنة الرد لا تلزم صاحب العبد فأشبه العبد الموصى بخدمته والعبد المرهون وهما يملكان المسافرة به كذا هذا ولو ادعى على رجل دارا في يده فانكر المدعى عليه فصالحه على أن يسكن المدعى عليه الذي في يده الدار سنة ثم يدفعها الى المدعى جاز لان المدعى متصرف في ملك نفسه ببدل المنفعة للمدعى عليه في زعمه سنة والمدعى عليه متصرف في ملك نفسه باستيفاء المنفعة لنفسه في المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرفا في ملك نفسه في زعمه فيجوز ومنها أن يكون متقوما فلا يصح

الصلح على الخمر والخنزير من المسلم لانه ليس بمال متقوم فى حقه وكذا اذا صالح على دن من خل فاذا هو خمر لم يصح لانه تبين انه لم يصادف محله ومنها أن يكون مملوكا للمصالح حتى انه اذا صالح على مال ثم استحق من يد المدعى لم يصح الصلح لانه تبين انه ليس مملوكا للمصالح فتبين ان الصلح لم يصح ومنها أن يكون معلوما الا ان جهالة البدل تؤدى الى المنازعة فتوجب فساد العقد الا اذا كان شيأ لا يفتقر الى القبض والتسليم كما اذا ادعى رجلان كل واحد منهما على صاحبه حقا ثم تصالحا على ان جعل كل واحد منهما ما ادعاه على صاحبه صلحا مما ادعاه عليه صاحبه يصح الصلح وان كان مجهولا لان جهالة البدل لا تمنع جواز العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فاذا كان مالا يستغنى عن التسليم والتسلم لا يفضى الى المنازعة فلا يمنع الجواز الا أن الصلح من القصاص فى النفس ومادونه تتحمل الجهالة القليلة فى البدل كما تتحمل فى المهر فى باب النكاح والخلع والاعتاق على مال والكتابة لما علم ولو صالح على مسيل أو شرب من نهر لا حق له فى رقبته أو على أن يحمل كذا وكذا جذعا على هذا الحائط وعلى أن يسيل ميزابه فى داره أياما معلومة لا يجوز لان ما وقع عليه الصلح فى هذه المواضع مفتقر الى القبض والتسليم فلم تكن جهالته محتملة لهذا لا يجوز بيعها فلا يصح الصلح عليها والاصل ان كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه ومالا فلا

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المصالح عنه فأنواع أحدها أن يكون حق العبد لا حق الله عز وجل سواء كان مالا عينا أو دينا أو حقا ليس بمال عين ولا دين حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بأن أخذ زانيا أو سارقا من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال أن لا يرفعه الى ولى الامر لانه حق الله تعالى جل شأنه ولا يجوز الصلح من حقوق الله تعالى عز شأنه لان المصالح بالصلح متصرف فى حق نفسه اما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض واسقاط الباقى أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز فى غير حقه وكذا اذا صالح من حد القذف بأن قذف رجلا فصالحه على مال على أن يعفو عنه لانه وان كان للعبد فيه حق فالمغلب فيه حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالعدم شرعا فكان فى حكم الحقوق المتمحضة حقا لله تعالى عز وجل وانها لا تحتمل الصلح كذا هذا وكذلك لو صالح شاهدا يريد أن يشهد عليه على مال على أن لا يشهد عليه فهو باطل لان الشاهد فى اقامة الشهادة محتسب حقا لله تعالى عز شأنه قال الله سبحانه وتعالى وأقيموا الشهادة لله والصلح عن حقوق الله عز وجل باطل ويجب عليه رد ما أخذ لانه أخذه بغير حق ولو علم القاضى به أبطل شهادته لانه فسق الا أن يحدث توبة فتقبل ويجوز الصلح عن التعزير لانه حق العبد وكذا يصح عن القصاص فى النفس ومادونه لان القصاص من حق العبد سواء كان البدل عينا أو دينا الا اذا كان دينا يشترط القبض فى المجلس احترازا عن الافتراق عن دين بدين وسواء كان معلوما أو مجهولا جهالة غير متفاحشة حتى لو صالح من القصاص على عبد أو ثوب هروى جاز لان الجهالة قلت ببيان النوع لان مطلق العبد يقع على عبد وسط ومطلق الثوب الهروى يقع على الوسط منه فتقل الجهالة فيصح الصلح وله الخيار ان شاء أعطى الوسط من ذلك وان شاء أعطى قيمته كما فى النكاح فاما اذا صالح على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز لان الثياب والدواب أجناس تحتها أنواع مختلفة وجهالة النوع متفاحشة فتمنع الجواز وكذا جهالة الدور لاختلاف الاماكن ملحقة بجهالة الثوب والدابة فتمنع الجواز كما فى باب النكاح والاصل ان كل جهالة تمنع صحة التسمية فى باب النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص ومالا فلا لان ما وقع عليه الصلح والمهر كل واحد منهما يجب بدلا عما ليس بمال والجهالة لا تمنع من الصحة لعينها الا ترى ان الشرع ورد بمهر المثل فى باب النكاح مع أنه مجهول القدر وانما يمنع منها لافضائها الى المنازعة ومبنى النكاح والصلح من القصاص على المسامحة كالانسان يسامح بنفسه مالا يسامح بماله عادة فلا يكون القليل من الجهالة مفضيا الى المنازعة فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع لان مبناه على المماكسة والمضايقة لكونه معاوضة مال بمال والانسان يضايق بماله مالا يضايق بنفسه فهو الفرق والله عز وجل الموفق واذا لم يصح الصلح لتفاحش جهالة البدل يسقط القصاص وتجب الدية وفى النكاح

يجب مهر المثل الا أن بينهما فرقا من وجـه فانه لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شيء آخر ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل (وجه) الفرق ان الخمر اذا لم تصلح بدل الصلح بطلت تسميته وجعل لفظة الصلح كناية عن العفو وذلك جائز لان العفو الفضل وفي الصلح معنى الفضل فأمكن جعله كناية عنه وبعد العفو لا يجب شيء آخر فأما لفظ النكاح فلا يحتمل العفو ولو احتمله فالعفو عن حق الغير لا يصح فيبقى النكاح من غير تسمية فيجب مهر المثل كما اذا سكت عن المهر أصلا فهو الفرق وسواء كان البدل قدر الدية أو اقل أو اكثر لقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان قوله عز وجل فمن عفي له أي أعطي له كذا روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقوله عز شأنه فاتباع بالمعروف أي فليتبع مصدر بمعنى الامر فقد أمر الله تبارك وتعالى الولي بالاتباع بالمعروف اذا أعطي له شيء واسم الشيء يتناول القليل والكثير فدلت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمد انه اذا صالح على أكثر من الدية لا يجوز والفرق ان بدل الصلح في باب الخطأ وشبه العمد عوض عن الدية وانها مقدرة بمقدار معلوم لا تزيد عليه فالزيادة على المقدر تكون ربا فاما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص والقصاص ليس من جنس المال حتى يكون البدل عنه زيادة على المال المقدر فلا يتحقق الربا فهو الفرق وأما كون المصالح عنه معلوما فليس بشرط لجواز الصلح حتى ان من ادعى على آخر حقا في عين فأقر به المدعى عليه أو أنكر فصالح على مال معلوم جاز لان الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الاسقاط ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد البدلين فيصحح بطريق الاسقاط فلا يؤدي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم والقبض لان الساقط لا يحتمل ذلك وقد مر ان الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح والثاني ان يكون حق المصالح والثالث ان يكون حقا ثابتا له في المحل فما لا يكون حقا له أو لا يكون حقا ثابتا له في المحل لا يجوز الصلح عنـه حتى لو أن امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبيا في يده انه ابنه منها وجحد الرجل فصالحت عن النسب على شيء فالصلح باطل لان النسب حق الصبي لا حقها فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها ولان الصلح اما اسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملهما ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شيء على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل لانه لا حق للشفيع في المحل انما الثابت له حق التمليك وهو ليس لمعنى في المحل بل هو عبارة عن الولاية وانها صفة الوالي فلا يحتمل الصلح عنـه بخلاف الصلح عن القصاص لان هناك المحل يصير مملوكا في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا في المحل فملك الاعتياض عنه بالصلح فهو الفرق وكذلك الكفيل بالنفس اذا صالح على مال على ان يبرئه من الكفالة فالصلح باطل لان الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفـة الوالي فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة وهل تبطل الكفالة فيه روايتان في رواية لا تبطل لانه ما رضي بسقوط حقه الا بعوض ولم يسلم له فلا يسقط حقه وفي رواية يسقط لان الابراء لا تقف صحتـه على العوض فيصح وان لم يسلم العوض فاذا صح انه اسقاط فالساقط لا يحتمل العود وعلى هذا اذا كان لرجل ظلة على طريق أو كنيف شارع أو ميزاب فخاصمه رجل وأراد أن يطرحه فصالحه على مال فهذا لا يخلو من وجهين اما أن يكون الطريق نافذا واما أن لا يكون نافذا فاذا كان نافذا فخاصمه رجل من المسلمين وأراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل لان رقبة الطريق النافذ لا تكون ملكا لاحد من المسلمين وانما لهم حق المرور وانه ليس بحق ثابت في رقبة الطريق بل هو عبارة عن ولاية المرور وانه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع ما انه لا فائدة في هذا الصلح لانه ان سقط حق هـذا الواحد بالصلح فللباقين حق القلع وكذا لو صالح الثاني مع هذا المتقدم اليه على مال يأخذ من المتقدم اليه الطرح فالصلح باطل لان الطرح واجب عليه فأخذ المال عليه يكون رشوة هذا اذا كان الطريق نافذا فأما اذا لم يكن نافذا فصالحـه رجل من أهل الطريق على مال للترك فالصلح جائز لان رقبة الطريق هنا مملوكة لاهل السكة فكان لكل واحد منهم فيها

ملكا فجاز الصلح عنه وكذا اسقاط حق كل واحد منهم بالصلح مفيد لاحتمال تحصيل رضا الباقين ولا يحتمل ذلك
فى الوجه الاول لانهم لا يحصون وكذا لو صالح الثانى مع واحد منهم على مال للترك جاز و يطيب له المال لان رقبة
الطريق مملوكة لهم على الشركة فكان لكل واحد منهم فيها نصيب فكان الصلح اعتياضا عن ملكه فصح فامافى
طريق المسلمين فلا ملك لاحد فيها ولا حق ثابت فى المحل فلم يكن الصلح اعتياضا عن ملك ولا حق ثابت فى المحل
فبطل وذكر الجصاص أن جواز الصلح فى طريق غير نافذ محمول على ما اذا بنى على الطريق فاما اذا شرع الى الهواء
فلا يجوز لانه اعتياض عن الهواء ولو ادعى على رجل مالا وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فطلب منه اليمين
فصالح عن اليمين على أن لا يستحلفه جاز الصلح و برئ من اليمين وكذا اذا قال المدعى عليه صالحتك من اليمين التى
وجبت لك على أو قال افتديت منك يمينك بكذا وكذا صح الصلح لان هذا صلح عن حق ثابت للمدعى لان اليمين
حق المدعى قبل المدعى عليه قال عليه الصلاة والسلام فى قصة الحضرمى والكندى ألك بينة قال لا قال اذاً لك يمينه
جعل اليمين حق المدعى فكان هذا صلحا عن حق ثابت شرعا للمدعى وكذا الملك فى المدعى ثابت فى زعمه فكان
الصلح عن حق ثابت فى حقه وفى حق المدعى عليه وهو بدل المال لاسقاط الخصومة والافتداء عن اليمين ولو قال
المدعى عليه اشتريت منك اليمين على كذا او قال المدعى بعت منك اليمين على كذا لا يصح فقد خالف الصلح البيع حيث
جاز بلفظ الصلح والافتداء ولم يجز بلفظ البيع والشراء ولو ادعى على رجل انه عبده فأنكر فصالحه على مائة درهم جاز
لان هذا صلح عن حق ثابت فى حق المدعى لان الرق ثابت فى حقه فكان الصلح فى حقه اعتاقا على مال فيصح الا أن
الولاء لا يكون له لانكار المدعى عليه الرق فان أقام المدعى بعد ذلك بينة لا تقبل الا فى حق اثبات الولاء وكذلك لو
صالحه على حيوان فى الذمة الى أجل كان جائزا لان الرق ثابت فى حق المدعى فكان بدل الصلح بدلا عن العتق فى
حقه فأشبه بدل الكتابة فيجوز على حيوان فى الذمة ولو ادعى رجل على امرأة نكاحا فجحدته فصالحته على مال
بذلته حتى يترك الدعوى جاز لان النكاح حق ثابت فى حق المدعى فكان الصلح على حق ثابت فكان فى معنى
الخلع إذ هو أخذ المال بالبضع وقد وجد فكان جائزا وفى حقها بدل مال لاسقاط الخصومة وانه جائز أيضا للنص
ولو ادعت امرأة على رجل نكاحا فجحد الرجل فصالحها على مال بذله لها لا يجوز لانه لا يخلو اما أن يكون النكاح
ثابتا أو لم يكن ثابتا فان لم يكن ثابتا كان دفع المال اليها من الرجل فى معنى الرشوة وان كان ثابتا لا تثبت الفرقة بهذا الصلح
لان العوض فى الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فلا يكون المال الذى تأخذه المرأة عوضا عن شئ فلا يجوز ولو ادعى على
انسان مائة درهم فأنكر المدعى عليه فتصالحا على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برئ فالصلح باطل والمدعى على دعواه
حتى لو أقام بينة أخذه بها لان قوله على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برئ تعليق البراءة بالشرط وانه باطل لان فى
الابراء معنى التمليك والاصل فى التمليك ان لا يحتمل التعليق بالشرط وان لم تكن له بينة وأراد استحلافه فهو على
وجهين ان كان ذلك الحلف عند غير القاضى فله أن يستحلفه عند القاضى مرة أخرى لان تلك اليمين غير معتبرة لانها
غير واجبة ولا تنقطع بها خصومة فلم يكن معتدا بها وان كان عند القاضى لم يستحلفه ثانيا لان الحلف عند القاضى
معتد به فقد استوفى المدعى حقه مرة فلا يجب الايفاء ثانيا ولو تصالحا على أن يحلف المدعى عليه فاذا حلف فالمال
واجب على المدعى عليه فهو باطل لان هذا تعليق وجوب المال بالشرط وانه باطل لكونه قمارا ولو أودع انسانا وديعة
ثم طلبها منه فقال المودع هلكت أو قال رددتها وكذبه المودع وقال استهلكتها فتصالحا على شئ فالصلح باطل عند
أبى يوسف وعند محمد صحيح (وجه) قول محمد ان هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة ويمين متوجهة فيصح كما فى
سائر المواضع (وجه) قول أبى يوسف ان المدعى مناقض فى هذه الدعوى لان المودع أمين المالك وقول الامين
قول المؤتمن فكان اخباره بالرد والهلاك اقرارا من المودع فكان مناقضا فى دعوى الاستهلاك والتناقض يمنع صحة
الدعوى الا أنه يستحلف لكن لا لدفع الدعوى لانها مندفعة لبطلانها بل للتهمة واذا لم تصح الدعوى لا يصح

الصلح ولوادعى المودع الاستهلاك ولم يقل المودع انها هلكت أو رددتها فتصالحا على شئ جاز لان دعوى الاستهلاك صحيحة واليمين متوجهة عليه فصح الصلح ولوطلب المودع الوديعة فجحدها المودع وقال لم تودعنى شيأ ثم قال هلكت أو رددتها وقال المودع بل استهلكتها فتصالحا جاز لان المالك يدعى عليه ضمان الغصب بالجحود إذ هو سبب لوجوب الضمان وكل جواب عرفته فى الوديعة فهو الجواب فى العارية والمضاربة لان كل ذلك أمانة ولو اشترى من رجل عبدا فطعن فيه بعيب وخاصمه فيه ثم صالحه على شئ أو حط من ثمنه شيأ فان كان العبد مما يجوز رده على البائع وله المطالبة بارش العيب دون الرد فالصلح جائز لان الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت فى المحل وهو صفة سلامة المبيع عن عيب وانها من قبيل الاموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصح وكذا الصلح عن الارش معاوضة مال بمال لا شك فيه واذا صار المبيع بحال لا يملك رده على البائع ولا المطالبة بارشه بأن باع العبد فالصلح باطل لان حق الدعوى والخصومة فيهما قبل البيع قد بطل بالبيع فلا يجوز الصلح ولوصالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضاً فى عين العبد فانجلى بطل الصلح و يرد ما أخذ لان المعوض وهى صفة السلامة قد عادت فيعود العوض فبطل الصلح ولوطعن المشترى بعيب فصالحه البائع على أن يبريه من ذلك العيب ومن كل عيب فهو جائز لان الابراء عن العيب ابراء عن صفة السلامة واسقاط لها وهى مستحقة على البائع فيصح الصلح عنها والابراء عن كل عيب وان كان ابراء عن المجهول لكن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فلا تمنع صحة الابراء للفقه الذى مر قبل هذا ان الجهالة لعينها غير مانعة بل لافضائها الى المنازعة المانعة من التسليم والقبض والذى وقع الصلح والابراء عنه لا يفتقر الى التسليم والقبض فلا تضره الجهالة وكذلك لو لم يطعن المشترى بعيب فصالحه البائع من كل عيب على شئ فالصلح جائز لانه وان لم يطعن بعيب فله حق الخصومة فيصالحه لابطال هذا الحق ولوخاصمه فى ضرب من العيوب نحو الشجاج والقروح فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب غيره كان له ان يخاصمه فيه لان الصلح وقع عن نوع خاص فكان له حق الخصومة فى غيره ولواشترى شيأ من امرأة فظهر به عيب فصالحته على أن تتزوجه فهو جائز وهذا اقرار منها بالعيب فان كان يبلغ ارش العيب عشرة دراهم فهو مهرها وان كان أقل من ذلك يكمل لها عشرة دراهم لان ارش العيب لما صار مهرها والنكاح معاوضة البضع بالمهر فاذا نكحت نفسها فقد أقرت بالعيب وكذلك لواشترى شيأ بارش عيب كان اقراراً بالعيب لان الشراء معاوضة فالاقدام عليه يكون اقرارا بالعيب بخلاف الصلح حيث لا يكون اقراراً بالعيب لان الصلح مرة يصح معاوضة ومرة يصح اسقاطاً فلا يصح دليلا على الاقرار بالشك والاحتمال ولو اشترى ثوبين كل واحد بعشرة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزيده فى ثمن الآخر درهما فالرد جائز و زيادة الدرهم باطل عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجوز شئ من ذلك (وجه) قوله ان الرد بالعيب فسخ والفسخ بيع جديد بمنزلة الاقالة والبيع تبطله الشروط الفاسدة (وجه) قولهما ان هذا تعليق الزيادة فى الثمن بالشرط وانه باطل لان الزيادة تلتحق بأصل العقد وأصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط لانه فى معنى القمار فكذا الزيادة عليه فاما الرد ففسخ العقد وانه يحتمل الشرط فجائز ولوادعى على امرأة نكاحا فجحدت فصالحها على مائة درهم على أن تقرله بالنكاح فأقرت فهو جائز وتجعل المائة من الزوج زيادة فى مهرها لان اقرارها بالنكاح محمول على الصحة ولوادعى على انسان ألفاً وأنكر المدعى فصالحه على مائة درهم على أن يقر له بالالف فهو باطل لان المدعى لا يخلو اما ان يكون صادقاً فى دعواه الالف واما أن يكون كاذبا فيها فان كان صادقا فيها فالالف واجبة على المدعى عليه و يكون أخذ العوض عليه فى معنى الرشوة وانه حرام وان كان كاذبا فى دعواه فاقرار المدعى عليه بالالف التزام المال ابتداء وهذا لا يجوز ولوقال لامرأة أعطيتك مائة درهم على أن تكونى امرأتى ففعلت ذلك فهو جائز اذا كان بمحضر من الشهود و يجعل كناية عن انشاء النكاح وكذا لوقال تزوجتك أمس على ألف درهم فجحدت فقال أزيدك مائة على أن تقرى لى بالنكاح فأقرت جاز ولها ألف ومائة و يحمل اقرارها على الصحة والله عز وجل

أعلم هذاالذي ذكرنااذا كان الصلح بين المدعى والمدعى عليه (وأما) اذا كان بين المدعى والاجنبي المتوسط أو المتبرع فلا يخلواماان كان ذلك بأمر المدعى عليه أو بغيرأمره فان كان بأمره يصح لانه وكيل عنه والصلح مما يحتمل التوكيل به وان كان بغيرأمره فهوصلح الفضولى وانه على خمسة أوجه أحدها أن يضيف الضمان الى نفسه بأن يقول للمدعى صالحتك أوأصالحك من دعواك هذه على فلان على ألف درهم على انى ضامن لك الالف أوعلى أن على الالف والثاني أن يضيف المال الى نفسه بأن يقول على الفى هذه أوعلى عبدى هذا والثالث ان يعين البدل وان كان لا ينسبه الى نفسه بان يقول على هذه الالف أوعلى هذا العبد والرابع أن يسلم البدل وان لم يعين ولم ينسب بأن قال صالحتك على ألف وسلمها اليه والخامس ان لا يفعل شيأ من ذلك بأن يقول صالحتك على الف درهم أوعلى عبد وسط ولم يزد عليه ففي الوجوه الاربعة يصح الصلح لقوله تعالى انما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين أخويكم وهذا خاص في صلح المتوسط وقوله عز شأنه والصلح خير وهذا عام في جميع أنواع الصلح لدخول الالف واللام على الصلح وانهما لاستغراق الجنس ولانه بالصلح في هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع باسقاط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار باسقاط الخصومة فيصح تبرعه كما اذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداء ومتى صح صلحه يجب عليه تسليم البدل في الوجوه الثلاثة وليس له أن يرجع على المدعى عليه لان التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على ما نذكره في فصل الحكم ان شاء الله تعالى (وأما) في الوجه الخامس فموقوف على اجازة المدعى عليه لان عند انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتمكين لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه فلا يكون متصرفا على نفسه بل على المدعى عليه فيقف على اجازته فان أجاز نفذ ويجب البدل عليه دون المصالح لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ولو كان وكيلا من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله فكذلك اذا تحقق التوكيل بالاجازة وان رده بطل لان التصرف على الانسان لا يصح من غير اذنه واجازته ثم انما يصح صلح الفضولى اذا كان حرا بالغا فلا يصح صلح العبد المأذون والصبي لانهما ليسا من أهل التبرع وكذا الخلع من الاجنبي على هذه الفصول التي ذكرنا بأن كان باذن الزوج أو المرأة يصير وكيلا ويجب المال على المرأة دون الوكيل وان كان بغير اذنهما فهو على الفصول التي ذكرنا في الصلح وكذلك الزيادة في الثمن من الاجنبي على هذا التفصيل ان كان باذن المشترى يكون وكيلا ويجب على المشترى وإن كان بغير اذنه فعلى ماذكرنا من الفصول وكذلك العفو والصلح عن دم العمد من الاجنبي على هذه الفصول ثم لا يخلو اما ان صالح على المفروض أو على غير المفروض بمقدار المفروض أو بأكثر منه قبل تعيين القاضي أو بعده على ما تقدم والاصل فيه أنه يجوز من صلح الاجنبي ما يجوز من صلح القاتل ومالا فلا وبيان ذلك انه اذا صالح الفضولى على خمسة عشر ألفا أوعلى ألفي دينار وضمن قبل تعيين القاضي الواجب على العاقلة جاز الصلح على عشرة آلاف درهم وعلى ألف دينار وتبطل الزيادة لما ذكرنا ان الفضولى بالصلح في مثل هذا الموضع متبرع بقضاء دين على المتبرع عليه وليس عليه الا هذا القدر فلا يصح تبرعه عليه بالزيادة كمن كان له على آخر الف درهم دين فقضى عنه الفين بغير أمره فله أن يسترد الزيادة هذا اذا صالح على المفروض فان صالح على جنس آخر جاز لان المانع من الجواز هو الربا ولا يجرى في مختلفي الجنس وكذلك لو صالح على مائتي بعير بعينها أو بغير عينها جاز صلحه على المائة لما أن القاتل لو فعل ذلك بنفسه لما جاز الا على المائة فكذا الفضولى لما ذكرنا ثم ان كانت بغير أعيانها فالواجب عليه مائة من الابل على الاسنان الواجبة في باب الدية لان مطلق الابل في هذا الباب ينصرف الى الواجب وان كانت بأعيانها فالواجب مائة منها والخيار الى الطالب لان الرضا بالكل يكون رضا بالبعض فان كان في اسنان الابل نقصان عن اسنان الابل الواجبة في باب الدية فللطالب أن يرد الصلح لان صلح الطالب على الزيادة على المفروض محمول على ان غرضه انه لو ظهر نقصان في السن لا يجبر بزيادة العدد فاذا لم يحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فاختل رضاه بالنقصان فأوجب حق النقص ولو صالح على مائة على

اسنان

اسنان الدية وضمنها فهو جائز ولا خيار للطالب لان الصلح على مائة على اسنان الدية استيفاء عين الحق وان كان القاضى عين الواجب فقضى عليه بالدراهم فصالح المتوسط على الفى دينار جاز ولا بد من القبض فى المجلس كما لو فعله القاتل بنفسه لانه صرف فيراعى له شرائطه والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ (وأما) بيان حكم الصلح فنقول و بالله التوفيق ان للصلح أحكاما بعضها أصلى لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع و بعضها دخيل يدخل فى بعض أنواع الصلح دون البعض أما الاصل فهو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعا حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك وهذا حكم لازم جنس الصلح فأما الدخيل فأنواع منها حق الشفعة للشفيع وجملته ان المدعى لو كان دارا او بدل الصلح سوى الدار من الدراهم والدنانير وغيرهما فان كان الصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لانه فى معنى البيع من الجانبين فيجب حق الشفعة وان كان الصلح عن انكار لا يثبت لانه ليس فى معنى البيع من جانب المدعى عليه بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته على المدعى عليه فان كانت للمدعى بينة أقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لان باقامة البينة تبين له أن الصلح كان فى معنى البيع وكذلك ان لم تكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل وان كان بدل الصلح دارا والصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع حق الشفعة فى الدارين جميعا لما مر أن الصلح هنا فى معنى البيع من الجانبين فصار كانهما تبايعا دارا بدار فيأخذ شفيع كل دار الدار المشفوعة بقيمة الدار الاخرى وان تصالحا على أن يأخذ المدعى الدار المدعاة و يعطى المدعى عليه دارا أخرى فان كان الصلح عن انكار وجبت فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما لان هذا الصلح فى معنى البيع من الجانبين وان كان الصلح عن اقرار لا يصح لان الدارين جميعا ملك المدعى لاستحالة أن يكون ملكه بدلا عن ملكه واذا لم يصح الصلح لا تجب الشفعة ولو صالح عن الدار على منافع لا تثبت الشفعة وان كان الصلح عن اقرار لان المنفعة ليست بعين مال فلا يجوز أخذ الشفعة بها وان كان الصلح عن انكار يثبت للشفيع حق الشفعة فى الدار التى هى بدل الصلح ولا يثبت فى الدار المدعاة لان الاخذ بالشفعة يستدعى كون المأخوذ مبيعا فى حق من يأخذه منه لان الصلح عن انكار فى جانب المدعى معاوضة فكان بدل الصلح بمعنى البيع فى حقه اذا كان عينا فكان للشفيع حق الاخذ منه بالشفعة وفى جانب المدعى عليه ليس بمعاوضة بل هو اسقاط الخصومة ودفع اليمين عن نفسه فلم يكن للدار المدعاة حكم المبيع فى حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها بالشفعة الا أن يدلى بحجة المدعى فيقيم البينة أو يحلف المدعى عليه فينكل على ماذكرنا ومنها حق الرد بالعيب وانه يثبت من الجانبين جميعا ان كان الصلح عن اقرار لانه بمنزلة البيع وان كان عن انكار يثبت فى جانب المدعى ولا يثبت فى جانب المدعى عليه لان هذا بمنزلة البيع فى حقه لا فى حق المدعى عليه والعيب على المدعى عليه فى دعواه فان أقام البينة أخذ حصة العيب وان لم يثبت للمدعى عليه حق الرد بالعيب لم يرجع فى شئ وكذا لو استحق عليه الدار وقد بنى فيها بناء فنقض لا يرجع على المدعى بقيمة البناء وكذا لو كان المدعى جارية فاستولدها لم يكن مغرورا ولا يرجع بقيمة الولد لان ما أخذه المدعى ليس ببدل المدعى فى حقه الا أنه اذا استحقت الدار المدعاة يرجع على المدعى بما أدى اليه لان المؤدى بدل الخصومة فى حقه وقد تبين أنه لا خصومة له فيه فكان له حق الرجوع بالمؤدى ولو وجد ببدل الصلح عيبا فلم يقدر على رده للهلاك أو للزيادة أو للنقصان فى يد المدعى فان كان الصلح عن اقرار يرجع على المدعى عليه بحصة العيب فى المدعى وان كان عن انكار يرجع بحصة العيب على المدعى عليه فى دعواه فان أقام البينة أخذ حصة العيب وكذا اذا حلفه فنكل وان حلف فلا شئ عليه ومنها الرد بخيار الرؤية فى نوعى الصلح وفرق الطحاوى بينهما والحق الرد فى الصلح عن انكار ببدل الصلح عن القصاص وبالمهر و ببدل الخلع والرد بخيار الرؤية غير ثابت فى تلك العقود فكذا ههنا وفى كتاب الصلح أثبت حق الرد فى النوعين جميعا من غير فصل هو الصحيح لان الخيار ثبت للمدعى فيستدعى كونه معاوضة عن حقه وقد وجد وكذلك الاحكام تشهد بصحة هذا

على ماذكر ومنها أنه لا يجوز التصرف فى بدل الصلح قبل القبض اذا كان منقولا فى نوعى الصلح فلا يجوز للمدعى بيعه وهبته ونحو ذلك وان كان عقارا يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يجوز ويجوز ذلك فى الصلح عن القصاص للمصالح أن يبيعه ويبرئ عنه قبل القبض وكذلك المهر والخلع والفرق ان المانع من الجواز فى سائر المواضع التحرز عن انفساخ العقد على تقدير الهلاك ولم يوجد هنا لان الصلح عن القصاص مما لا يحتمل الانفساخ فلا حاجة الى الصيانة بالمنع كالموروث وبذا تبين ان الحاق العقد بالعقود التى هى مبادلة مال بغير مال على ماذكره الطحاوى غير سديد ولو صالح عن القصاص على عين فهلكت قبل التسليم فعليه قيمتها لان الصلح لم ينفسخ فبقى وجوب التسليم وهو عاجز عن تسليم العين للمصلح فيجب تسليم القيمة (ومنها) ان الوكيل بالصلح اذا صالح ببدل الصلح يلزمه أو يلزم المدعى عليه فهذا فى الاصل لا يخلو من وجهين إما أن يكون الصلح فى معنى المعاوضة وإما أن يكون فى معنى استيفاء عين الحق فان كان فى معنى المعاوضة يلزمه دون المدعى عليه لانه يكون جاريا مجرى البيع وحقوق البيع راجعة الى الوكيل وان كان فى معنى استيفاء عين الحق فهذا على وجهين أيضا اما ان ضمن بدل الصلح واما ان لم يضمن فان لم يضمن لا يلزمه لانه يكون سفيرا بمنزلة الرسول فلا ترجع اليه الحقوق وان ضمن لزمه بحكم الكفالة لا بحكم العقد (وأما) الفضولى فان نفذ صلحه فالبدل عليه ولا يرجع به على المدعى عليه لانه متبرع وان وقف صلحه فان رده المدعى عليه بطل ولا شىء على واحد منهما وان أجازه جاز والبدل عليه دون الفضولى.

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به الصلح أشياء (منها) الاقالة فيما سوى القصاص لان ماسوى القصاص لا يخلو عن معنى معاوضة المال بالمال فكان محتملا للفسخ كالبيع ونحوه (فاما) فى القصاص فالصلح فيه اسقاط محض لانه عفو والعفو اسقاط فلا يحتمل الفسخ كالطلاق ونحوه (ومنها) لحاق المرتد بدار الحرب أو موته على الردة عند أبى حنيفة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده على الاسلام أو اللحوق بدار الحرب والموت فان أسلم نفذ وان لحق بدار الحرب وقضى القاضى به أو قتل أو مات على الردة تبطل وعندهما نافذة والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب يبطل من صلحها ما يبطل من صلح الحربية لان حكمها حكم الحربية والمسئلة تعرف فى موضعها ان شاء الله تعالى (ومنها) الرد بخيار العيب والرؤية لانه يفسخ العقد لما علم (ومنها) الاستحقاق وأنه ليس ابطالا حقيقة بل هو بيان ان الصلح لم يصح أصلا لا أنه بطل بعد الصحة الا أنه ابطال من حيث الظاهر لنفاذ الصلح ظاهرا فيجوز الحاقه بهذا القسم لكنه ليس بابطال حقيقة فكان الحاقه باقسام الشرائط على ماذكرنا أولى وأقرب الى الصناعة والفقه فكان أولى (ومنها) هلاك أحد المتعاقدين فى الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة لانه بمعنى الاجارة وأنها تبطل بموت أحد المتعاقدين وأما هلاك ما وقع الصلح على منفعته هل يوجب بطلان الصلح فلا يخلو اما ان كان حيوانا كالعبد والدابة أو غير حيوان كالدار والبيت فان كان حيوانا لا يخلو اما ان هلك بنفسه أو باستهلاك فان هلك بنفسه يبطل الصلح اجماعا وان هلك باستهلاك فلا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان استهلكه أجنبى واما ان استهلكه المدعى عليه واما ان استهلكه المدعى فان استهلكه أجنبى بطل الصلح عند محمد وقال أبو يوسف لا يبطل ولكن للمدعى الخيار ان شاء نقض الصلح وان شاء اشترى له بقيمته عبدا يخدمه الى المدة المضروبة (وجه) قول محمد ان الصلح على المنفعة بمنزلة الاجارة لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض وقد وجد وهذا املاك اجارة العبد من غيره بمنزلة المستأجر فى باب الاجارة والاجارة تبطل بهلاك المستأجر سواء هلك بنفسه أو باستهلاك كذا هذا (وجه) قول أبى يوسف ان هذا صلح فيه معنى الاجارة وكان معنى المعاوضة لازم فى الاجارة فمعنى استيفاء عين الحق أصل فى الصلح فيجب اعتبارهما جميعا ما أمكن ومعلوم انه لا يمكن استيفاء الحق من المنفعة لانها ليست من جنس المدعى فيجب تحقيق معنى الاستيفاء من محل المنفعة وهو الرقبة ولا يمكن ذلك الا بعد ثبوت الملك له فيها فتجعل كانها ملكه فى حق استيفاء حقه منها وبعد القتل ان تعذر الاستيفاء من عينها يمكن من بدلها فكان له أن يستوفى من البدل بان يشترى له عبدا فيخدمه الى

المدة المشروطة وله حق النقض أيضاً لتعذر محل الاستيفاء وان استهلكه المدعى عليه بان قتله أو كان عبداً فاعتقه يبطل الصلح أيضا وقيل هذا قول محمد فاما على أصل أبى يوسف فلا يبطل وتلزمه القيمة ليشترى له بها عبداً آخر يخدمه الى المدة المشروطة كما اذا قتله أجنبي وكالراهن اذا قتل العبد المرهون أو أعتقه وهذا لان رقبة العبد وان كانت مملوكة للمدعى عليه لكنها مشغولة بحق الغير وهو المدعى لتعلق حقه بها فتجب رعايتهما جميعاً بتنفيذ العتق ويضمن القيمة كما فى الرهن وكذا لو استهلكه المدعى بطل الصلح عند محمد وعند أبى يوسف لا يبطل وتؤخذ من المدعى قيمة العبد ويشترى عبدا آخر يخدمه وهل يثبت الخيار للمدعى فى نقض الصلح على مذهبه فيه نظر هذا اذا كان الصلح على منافع الحيوان فاما اذا كان على سكنى بيت فهلك بنفسه بان انهدم أو باستهلاك بان هدمه غيره لا يبطل الصلح ولكن لصاحب السكنى وهو المدعى الخيار ان شاء بناه صاحب البيت بيتاً آخر يسكنه الى المدة المضروبة وان شاء نقض الصلح ولا يتعذر هنا خلاف محمد لان إجارة العبد تبطل بموته بالاجماع واجارة الدار لا تبطل بانهدامها ولصاحب الدار أن يبنيها مرة أخرى فى بعض اشارات الروايات عن أصحابنا على ما مر فى الاجارات ولو تصالحا عن انكار المدعى عليه على مال ثم أقر المدعى عليه بعد الصلح لا ينفسخ الصلح لان الاقرار مبين ان الصلح وقع معاوضة من الجانبين فكان مقر اللصلح لا مبطلا له ولو أقام المدعى البينة بعد الصلح لا تسمع بينته الا اذا ظهر ببدل الصلح عيب وأنكر المدعى عليه فاقام البينة ليرده بالعيب فتسمع بينته وتبين ان للصلح الماضى حكم الصلح عن اقرار المدعى عليه فكل حكم ثبت فى ذلك ثبت فى هذا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الصلح اذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلا فهو أن يرجع المدعى الى أصل دعواه ان كان الصلح عن انكار وان كان عن اقرار فيرجع على المدعى عليه بالمدعى لا غيره الا ان فى الصلح عن قصاص اذا لم يصح كان له أن يرجع على القاتل بالدية دون القصاص الا ان يصير مغرورا من جهة المدعى عليه فيرجع عليه بضمان الغرور أيضاً وبيان هذه الجملة انهما اذا تقايلا الصلح فيما سوى القصاص أو رد البدل بالعيب وخيار الرؤية يرجع المدعى بالمدعى ان كان عن اقرار وان كان عن انكار يرجع الى دعواه لان الاقالة والرد بالعيب وخيار الرؤية فسخ للعقد واذا فسخ جعل كان لم يكن فعاد الامر على ما كان من قبل وكذا اذا استحق لان بالاستحقاق ظهر أنه لم يصح لفوات شرط الصحة فكانه لم يوجد أصلا فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة الا أن فى الصلح عن القصاص عن اقرار لا يرجع بالمدعى وان فات شرط الصحة لان صورة الصلح أورثت شبهة فى درء القصاص والقصاص لا يستوفى مع الشبهة فسقط لكن الى بدل وهو الدية فاما المال وماسوى القصاص من الحقوق والحدود فيما يمكن استيفاؤه مع الشبهة فأمكن الرجوع بالمدعى ولا يرجع بشىء آخر الا اذا صار مغرورا من جهة المدعى عليه بان كان بدل الصلح جارية فقبضها واستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها وأخذها وأخذ عقرها وقيمة ولدها وقت الخصومة فانه يرجع على المدعى عليه بالمدعى وبما ضمن من قيمة الولد ان كان الصلح عن اقرار لانه صار مغرورا من جهته وان كان الصلح عن انكار يرجع الى دعواه لا غير فان أقام البينة على صحة دعواه أو حلف المدعى عليه فنكل حينئذ يرجع بما ادعى وبقيمة الولد لانه تبين أنه كان مغرورا فيرجع عليه بضمان الغرور ولا يرجع بالعقر فى نوعى الصلح لان العقر بدل المنفعة المستوفى فكان عليه العقر وان كان الصلح عن القصاص فى النفس أو مادونها فصالح على جارية فاستولدها ثم استحقت فانه يرجع على المدعى عليه بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد ان كان الصلح عن اقرار ولا يرجع بالعقر لما ذكرنا وان كان الصلح عن انكار يرجع الى دعواه لا غير فان أقام البينة أو حلف المدعى عليه فنكل يرجع بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد لما قلنا وان حلف لا يرجع بشىء أو صالح المتوسط على عبد معين فاستحق العبد أو وجد به عيباً فرده حتى بطل الصلح لا سبيل للمدعى على المتوسط ولكنه يرجع بالمدعى ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار يرجع الى دعواه لان المتوسط بهذا الصلح لا يضمن سوى تسليم العبد المعين ولو صالح على دراهم مسماة وضمنها

ودفعها اليه ثم استحقت أو وجد ها زيوفاً له ان يرجع على المصالح المتوسط لانه بالضمان التزم تسليم الجارية وسلامة المضمون ولو استحقت الدار المدعاة بعد الصلح عن اقرار أو عن انكار كان للمدعى عليه أن يرجع بما دفع (أما) في موضع الاقرار فلا شك فيه لان المأخوذ عوض في حقهما جميعاً (وأما) في موضع الانكار فلان المأخوذ عوض في حق المدعى عن المدعى عليه وقد فات بالاستحقاق فيجب عليه رد عوضه هذا اذا استحق كل الدار فأما اذا استحق بعضها فان كان ادعى جميع الدار يرجع بحصة ما استحق لفوات بعض ما هو عوض عن المستحق وان كان ادعى فيها حقاً لم يرجع بشيء لجواز أن يكون المدعى ما وراء المستحق واذا بطل الصلح على المنافع بموت أحد المتعاقدين وغير ذلك في أثناء المدة فان كان الصلح عن اقرار رجع بالمدعى بقدر ما لم يستوف من المنفعة وان كان عن انكار رجع الى الدعوى في قدر ما لم يستوف من المنفعة ولو صالح عن القصاص على دن من خمر فاذا هو خل أو على عبد فاذا هو حر فهو على الاختلاف الذي عرف في باب النكاح الا ان فيما يجب مهر المثل هناك تجب الدية هنا وفيما تجب القيمة لرجل مثله هناك يجب ذلك هنا ولا يشبه هذا ما اذا صالح عن القصاص على خمر وهو يعلم بانه خمر أنه لا يجب شيء وههنا يجب شيء لان هناك صار مغروراً من جهة المدعى عليه بتسمية العبد والخل وكل من غر غيره في شيء يكون ملتزماً ما يلحقه من العهدة فيه فاذا ظهر الامر بخلافه كان له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان ومعنى الغرور لا يتقدر عند علمه بحال المسمى فتبقى لفظة الصلح كناية عن العفو وأنه مسقط للحق أصلاً فهو الفرق بين الامرين والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب الشركة ﴾

الشركة في الاصل نوعان شركة الاملاك وشركة العقود وشركة الاملاك نوعان نوع يثبت بفعل الشريكين ونوع يثبت بغير فعلهما (أما) الذي يثبت بفعلهما فنحو أن يشتريا شيأ أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما فيقبلا فيصير المشترى والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركا بينهما شركة ملك (وأما) الذي يثبت بغير فعلهما فالميراث بان ورثا شيأ فيكون الموروث مشتركا بينهما شركة ملك (وأما) شركة العقود فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان أنواعها وكيفية كل نوع منها وركنه وفي بيان شرائط ركنه وفي بيان حكم الشركة وفي بيان صفة عقد الشركة وفي بيان ما يبطل العقد أما الاول فشركة العقود أنواع ثلاثة شركة بالاموال وشركة بالاعمال وتسمى شركة الابدان وشركة الصنائع وشركة بالتقبل وشركة بالوجوه (أما) الاول وهو الشركة بالاموال فهو أن يشترك اثنان في رأس مال فيقولا اشتركنا فيه على أن نشتري ونبيع معاً أو شتى أو أطلقا على أن ما رزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا أو يقول أحدهما ذلك ويقول الآخر نعم ولو ذكرا الشراء دون البيع فان ذكرا ما يدل على شركة العقود بان قالا ما اشترينا فهو بيننا أو ما اشترى أحدنا من تجارة فهو بيننا يكون شركة لانهما لما جعلا ما اشتراه كل واحد بينهما علم انهما أرادا به الشركة لا الوكالة لان الوكيل لا يوكل موكله عادة واذا لم يكن وكالة لا تقف صحته على ما تقف عليه صحة الوكالة وهو التخصيص ببيان الجنس أو النوع أو قدر الثمن بل يصح من غير بيان شيء من ذلك ان لم يذكرا الشراء ولا البيع ولا ما يدل على شركة العقود بان قال رجل لغيره ما اشتريت من شيء فبيني وبينك أو قال فبيننا وقال الآخر نعم فان أرادا بذلك أن يكونا بمعنى شريكي التجارة كان شركة حتى تصح من غير بيان جنس المشترى ونوعه وقدر الثمن كما اذا نصا على الشراء والبيع وان أرادا به أن يكون المشترى بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشريكي التجارة بل يكون المشترى بينهما بعينه كما اذا ورثا أو وهب لهما كان وكالة لا شركة فان وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشترى وبيان نوعه أو مقدار الثمن في الوكالة الخاصة وهي أن لا يفوض الموكل الرأي الى الوكيل بان يقول ما اشتريت لي من عبد تركي أو جارية رومية فهو جائز أو ما اشتريت لي من عبد أو جارية بالف درهم فهو جائز أو بيان الوقت أو قدر الثمن أو جنس المشترى في الوكالة العامة بان يقول ما اشتريت لي من شيء اليوم

أو شهر كذا أو سنة كذا فهو جائز أو قال ما اشتريت لى من شئ بالف درهم فهو جائز أو ما اشتريت لى من البز والخز فهو جائز وانما كان كذلك لان مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة و يحتمل الوكالة فلا بد من النية فان نو يا به الشركة كان شركة فى عموم التجارات لان الاصل فى الشركة العموم لان المقصود منها تحصيل الربح وهذا المقصود لا يحصل الا بتكرار التجارة مرة بعد أخرى ولا يشترط لها بيان شئ مما ذكرنا لان ذلك ليس بشرط لصحة الشركة وان نو يا به الوكالة كان وكالة و يقف صحتها على شرائطها من الخاصة أو العامة لان مبنى الوكالة على الخصوص لان المقصود منها تملك العين لا لتحصيل الربح منها فلا بد فيها من التخصيص ببيان ما ذكرنا الا أنه يكتفى فى الوكالة العامة ببيان أحد الاشياء التى وصفنا لانه لما عممها بتفويض الرأى فيها الى الوكيل فقد شبهها بالشركة فكان فى احتمال الجهالة الفاحشة كالشركة لكنها وكالة والخصوص أصل فى الوكالة فلا بد فيها من ضرب تخصيص فان أتى بشئ مما ذكرنا جازت والا بطلت قال بشر سمعت أبا يوسف يقول فى رجل قال لرجل ما اشتريت اليوم من شئ فبينى و بينك نصفين فقال الرجل نعم فان أبا حنيفة رحمه الله قال هذا جائز وكذلك قال أبو يوسف وكذلك ان وقت مالا ولم يؤقت يوما وكذا ان وقت صنفا من الثياب وسمى عددا أو لم يسم ثمنا ولا يوما وان قال ما اشتريت من شئ فهو بينى و بينك ولم يسم شيأ مما ذكرنا فان أبا حنيفة رحمه الله قال لا يجوز وكذلك قال أبو يوسف لما ذكرنا انه لم يذكر البيع ولا ما يدل على شركة العقود علم أنها وكالة فلا تصح الا بضرب من التخصيص على ما بينا وذكر محمد فى الاصل فى رجلين اشتركا بغير مال على أن ما اشتريا اليوم فهو بينهما خصا صنفا من الاصناف أو عما أو لم يخصا فهو جائز وكذلك ان لم يوقتا للشركة وقتا كان هذا جائزا لانهما لما جعلا ما يشتريه كل واحد بينهما دل على انها شركة وليست بوكالة لان الوكالة لا تكون من الجانبين عادة واذا كان شركة فالشركة لا تحتاج الى التخصيص قال وان أشهد أحدهما أن ما يشتريه لنفسه بغير محضر من صاحبه فكلما اشترى شيأ فهو بينهما لان الشركة لما صحت كان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه فهو بالاشهاد انه يشترى لنفسه يريد اخراج نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك (وأما) الشركة بالاعمال فهو أن يشتركا على عمل من الخياطة أو القصارة أو غيرهما فيقولا اشتركنا على أن نعمل فيه على أن ما رزق الله عز وجل من أجرة فهى بيننا على شرط كذا (وأما) الشركة بالوجوه فهو أن يشتركا وليس لهما مال لكن لهما وجاهة عند الناس فيقولا اشتركنا على أن نشترى بالنسيئة ونبيع بالنقد على أن ما رزق الله سبحانه وتعالى من ربح فهو بيننا على شرط كذا وسمى هذا النوع شركة الوجوه لانه لا يباع بالنسيئة الا الوجيه من الناس عادة و يحتمل انه سمى بذلك لان كل واحد منهما يواجه صاحبه ينتظران من بيعهما بالنسيئة و يدخل فى كل واحد من الانواع الثلاثة العنان والمفاوضة و يفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة نذكرها فى موضعها ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان جواز هذه الانواع الثلاثة فقد قال أصحابنا انها جائزة عنانا كانت أو مفاوضة وقال الشافعى رحمه الله شركة الاعمال والوجوه لا جواز لها أصلا ورأسا (وأما) شركة الاموال فتجوز فيها العنان ولا تجوز فيها المفاوضة وقال مالك رحمه الله لا أعرف المفاوضة وقيل فى اشتقاق العنان انه مأخوذ من العن وهو الاعراض يقال عن لى أى اعترض وظهر قال امرؤ القيس

فعن لنا سرب كأن نعاجه * عذارى دوار فى ملاء مذيل

سمى هذا النوع مثل الشركة عنانا لانه يقع على حسب ما يعن لهما فى كل التجارات أو فى بعضها دون بعض وعند تساوى المالين أو تفاضلهما وقيل هو مأخوذ من عنان الفرس أن يكون باحدى يديه و يده الاخرى مطلقة يفعل بها ما يشاء فسمى هذا النوع من الشركة له عنانا لانه لا يكون الا فى بعض الاموال و يتصرف كل واحد منهما فى الباقى كيف يشاء أولان كل واحد منهما جعل عنان التصرف فى المال المشترك لصاحبه وكان أهل الجاهلية يتعاطون هذه الشركة قال النابغة

وشاركنا قريشاً في تقاها * وفي أحسابها شرك العنان

(وأما) المفاوضة فقد قيل انها المساواة في اللغة قال القائل وهو العبدى

يهدى الامور بأهل الرأى ماصلحت * فان تولت فبالاشرار تنقاد
لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

سمى هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة فيه في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك على ماذكر وقيل هى من التفويض لان كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه على كل حال (وأما) الكلام في شركة الاعمال والوجوه (فوجه) قول الشافعى رحمه الله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط ولهذا شرط الخلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاط الا في الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في هذين النوعين لانها وضعت لاستنماء المال بالتجارة لان نماء المال بالتجارة والناس في الاهتداء الى التجارة مختلفون بعضهم أهدى من البعض فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستنماء ولا بد من أصل يستنمى ولم يوجد في هذين النوعين فلا يحصل ما وضع له الشركة فلا يجوز (ولنا) ان الناس يتعاملون بهذين النوعين في سائر الاعصار من غير انكار عليهم من أحد وقال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع أمتى على ضلالة ولأنهما يشتملان على الوكالة والوكالة جائزة والمشتمل على الجائز جائز وقوله ان الشركة شرعت لاستنماء المال فيستدعى أصلا يستنمى فنقول الشركة بالاموال شرعت لتنمية المال وأما الشركة بالاعمال أو بالوجوه فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال والحاجة الى تحصيل أصل المال فوق الحاجة الى تنميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلأن تشرع لتحصيل الاصل أولى (وأما) الكلام في الشركة بالاموال فأما العنان فجائز باجماع فقهاء الامصار ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير نكير وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولما روى أن أسامة بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفنى فقال عليه الصلاة والسلام وكيف لا أعرفك وكنت شريكى ونعم الشريك لا تدارى ولا تمارى وأدنى ما يستدل بفعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم والتقرير أحد وجوه السنة ولان هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استنماء المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستنماء فكان مشروعا ولانه يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة اجماعا (وأما) المفاوضة (فأما) قول مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة فان عنى به لا أعرف معناها في اللغة فقد بينا معناها في اللغة انها عبارة عن المساواة وان عنى به لا أعرف جوازها فقد عرفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز بقوله عليه الصلاة والسلام تفاوضوا فانه أعظم للبركة ولانها مشتملة على أمرين جائزين وهما الوكالة والكفالة لان كل واحد منهما جائزة حال الانفراد وكذا حالة الاجتماع كالعنان ولانها طريق استنماء المال أو تحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت جائزة كالعنان (وأما) الكلام مع الشافعى رحمه الله فوجه قوله أن المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم والكفالة التى تتضمنها المفاوضة كفالة بمجهول وانها غير صحيحة حالة الانفراد فكذا التى تتضمنها المفاوضة ودليلنا على الجواز ماذكرنا مع مالك رحمه الله (وأما) قوله المكفول له مجهول فنعم لكن هذا النوع من الجهالة في عقد الشركة عفو وان لم يكن عفوا حالة الانفراد كما في شركة العنان فانها تشتمل على الوكالة العامة وان كان لا يصح هذا التوكيل حالة الانفراد وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وانها صحيحة وان كانت الوكالة العامة لا تصح من غير بيان حالة الانفراد فكذا هذا أو كان المعنى في ذلك الوكالة لا تثبت في هذا العقد مقصودا بل ضمنا للشركة وقد يثبت الشئ ضمنا وان كان لا يثبت قصدا أو يشترط للثابت مقصودا ما لا يشترط للثابت ضمنا وتبعا كعزل الوكيل ونحو ذلك

﴿فصل﴾ وأما بيان شرائط جواز هذه الانواع فلجوازها شرائط بعضها يعم الانواع كلها وبعضها يخص البعض دون البعض (أما) الشرائط العامة فانواع (منها) أهلية الوكالة لان الوكالة لازمة في الكل وهى أن يصير كل واحد

منهما وكيل صاحبه فى التصرف بالشراء والبيع وتقبل الاعمال لان كل واحد منهما أذن لصاحبه بالشراء والبيع وتقبل الاعمال مقتضى عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن اذن فيشترط فيهما أهلية الوكالة لما علم فى كتاب الوكالة (ومنها) أن يكون الربح معلوم القدر فان كان مجهولا تفسد الشركة لان الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد كما فى البيع والاجارة (ومنها) أن يكون الربح جزأ شائعا فى الجملة لامعينا فان عينا عشرة أومائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة لان العقد يقتضى تحقق الشركة فى الربح والتعيين يقطع الشركة لجواز أن لا يحصل من الربح الا القدر المعين لاحدهما فلا يتحقق الشركة فى الربح (وأما) الذى يخص البعض دون البعض فيختلف (أما) الشركة بالاموال فلها شروط (منها) أن يكون رأس المال من الاثمان المطلقة وهى التى لا تتعين بالتعيين فى المفاوضات على كل حال وهى الدراهم والدنانير عنانا كانت الشركة أومفاوضة عند عامة العلماء فلا تصح الشركة فى العروض وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الشركة فى العروض والصحيح قول العامة لان معنى الوكالة من لوازم الشركة والوكالة التى يتضمنها الشركة لا تصح فى العروض وتصح فى الدراهم والدنانير فان من قال لغيره بع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز واذا لم تجز الوكالة التى هى من ضرورات الشركة لم تجز الشركة ولو قال له اشتر بألف درهم من مالك على أن يكون ما اشتريته بيننا جاز ولان الشركة فى العروض تؤدى الى جهالة الربح عند القسمة لان رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولا فيؤدى الى المنازعة عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد فى الدراهم والدنانير لان رأس المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها فلا يؤدى الى جهالة الربح ولان النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح مالم يضمن والشركة فى العروض تؤدى الى ربح مالم يضمن لان العروض غير مضمونة بالهلاك فان من اشترى شيأ بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيأ آخر لان العروض تتعين بالتعيين فيبطل البيع فاذا لم تكن مضمونة فالشركة فيها تؤدى الى ربح مالم يضمن وانه منهى بخلاف الدراهم والدنانير فانها مضمونة بالهلاك لانها لا تتعين بالتعيين فالشركة فيها لا تؤدى الى ربح مالم يضمن بل يكون ربح ما ضمن والحيلة فى جواز الشركة فى العروض وكل ما يتعين بالتعيين أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فتجوز بلا خلاف ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر عروض فالحيلة فى جوازه أن يبيع صاحب العروض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقابضا ويخلطا جميعا حتى تصير الدراهم بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز وأما التبر فهل يصلح رأس مال الشركة ذكر فى كتاب الشركة وجعله كالعروض وفى كتاب الصرف جعله كالاثمان المطلقة لانه قال فيه اذا اشترى به فهلك لا ينفسخ العقد والامر فيه موكول الى تعامل الناس فان كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الاثمان المطلقة فتجوز الشركة بها وان كانوا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العروض ولا تجوز فيها الشركة (وأما) الفلوس فان كانت كاسدة فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بها لانها عروض وان كانت نافقة فكذلك فى الرواية المشهورة عن أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد تجوز والكلام فيها مبنى على أصل وهو ان الفلوس الرائجة ليست أثمانا على كل حال عند أبى حنيفة وأبى يوسف لانها تتعين بالتعيين فى الجملة وتصير مبيعا باصلاح العاقدين حتى جاز بيع الفلس بالفلسين باعيانها عندهما فاما اذا لم تكن أثمانا مطلقة لاحتمالها التعيين بالتعيين فى الجملة فى عقود المعاوضات لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض وعند محمد الثمنية لازمة للفلوس النافقة فكانت من الاثمان المطلقة ولهذا أبى جواز بيع الواحد منها باثنين فتصلح رأس مال الشركة كسائر الاثمان المطلقة من الدراهم والدنانير وروى عن أبى يوسف انه تجوز الشركة بالفلوس ولا تجوز المضاربة ووجهه ان المانع من جواز المضاربة جهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد لانه لا بد من تعيين رأس المال عند القسمة فاذا كسدت صار رأس المال قيمة والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وهذا المعنى لا يوجد

في الشركة لانهما عند الكساد يأخذ ان رأس المال عدد الاقيمة فكان الربح معلوما (وأما) الشركة بالمكيلات والموزونات التي ليست بأثمان مطلقة والعدديات المتقاربة التي لا تتفاوت فلا تجوز قبل الخلط في قولهم جميعا لانها انما تتعين بالتعيين اذا كانت عينا فكانت كالعروض ولان الوكالة التي تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط ألا يرى انه لو قال آخر قبل الخلط بع حنطتك على أن يكون ثمنها بيننا لم يجز وسواء كانت الشركة من جنسين أو من جنس واحد وأما بعد الخلط فان كانت الشركة في جنسين مختلفين لا تجوز في قولهم جميعا لان الحنطة اذا خلطت بالشعير خرجت من أن تكون ثمنا بدليل ان مستهلكها يضمن قيمتها الا مثلها وان كانت من جنس واحد فكذلك عند أبي يوسف لا تصح وانما تصير شركة ملك وعند محمد تصح الشركة فيها بعد الخلط وفائدة الاختلاف تظهر فيما اذا كان المكيل نصفين وشرطا الربح أثلاثا فخلطاه واشترىا به فعلى قول أبي يوسف الربح بينهما على قدر المالين نصفين وعلى قول محمد على ماشرطا فقول أبي يوسف مطرد على الاصل الذي ذكرنا ان المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست أثمانا على كل حال بل تكون تارة ثمنا وتارة مبيعا لانها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس (ووجه) التخريج لمحمد ان معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فاشبهت الدراهم والدنانير بخلاف ماقبل الخلط لان الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا يصح فيها قبل الخلط والحيلة في جواز الشركة بالمكيلات وسائر الموزونات والعدديات المتقاربة على قول أبي يوسف أن يخلطا حتى تصير شركة ملك بينهما ثم يعقدا عليها عقد الشركة فيجوز عنده أيضا (ومنها) أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضرا لادينا ولا مالا غائبا فان كان لا تجوز عنانا كانت أو مفاوضة لان المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب فلا يحصل المقصود وانما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد لان عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده حتى لو دفع الى رجل ألف درهم فقال له اخرج مثلها واشتر بهما وبع فما ربحت يكون بيننا فأقام المأمور البينة انه فعل ذلك جاز وان لم يكن المال حاضرا من الجانبين عند العقد لما كان حاضرا عند الشراء وهل يشترط خلط المالين وهو خلط الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط وبه أخذ الشافعي رحمه الله وعلى هذا الاصل يبنى ما اذا كان المال من جنسين بان كان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير ان الشركة جائزة عندنا خلافا لهما وكذلك اذا كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصحاح مع المكسرة أو كانت دراهم أحدهما بيضاء والآخر سوداء وعلة ذلك في شركة العنان فهو على هذا الخلاف وروى عن زفر ان الخلط شرط في المفاوضة لا في العنان ولكن الطحاوي ذكر انه شرط فيهما عند زفر (وجه) قوله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق معنى الشركة ولان من أحكام الشركة ان الهلاك يكون من المالين وما هلك قبل الخلط من أحد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة (ولنا) ان الشركة تشتمل على الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط كذا الشركة (وأما) قوله الشركة تنبئ عن الاختلاط فمسلم لكن على اختلاط رأسي المال أو على اختلاط الربح فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة فيجوز أن يكون تسميته شركة لاختلاط الربح لا لاختلاط رأس المال واختلاط الربح يوجد وان اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة لان الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة (وأما) ما هلك من أحد المالين قبل الخلط فانما كان من نصيب صاحبه خاصة لان الشركة لا تتم الا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر حتى لو هلك بعد الشراء باحدهما كان الهالك من المالين جميعا لانه هلك بعد تمام العقد (وأما) تسليم رأس مال كل واحد منهما الى صاحبه وهو التخلية بين ماله وبين صاحبه فليس بشرط في العنان والمفاوضة جميعا وانه شرط لصحة المضاربة والفرق بينهما يذكر في كتاب المضاربة (ومنها) ما هو مختص بالمفاوضة وهو أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة بان يكونا حرين عاقلين لان من أحكام المفاوضة ان كل ما يلزم لاحدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم

الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لما نذكر فلابد من أهلية الكفالة وشرائط أهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة (ومنها) المساواة فى رأس المال قدرا وهى شرط صحة المفاوضة بلا خلاف حتى لو كان المالان متفاضلين قدرا لم تكن مفاوضة لان المفاوضة تنبئ عن المساواة فلابد من اعتبار المساواة فيما أمكن وكذا قيمة فى الرواية المشهورة حتى لو كان أحدهما صحاحا والآخر مكسرة أو كان أحدهما ألفا بيضاء والآخر ألفا سوداء و بينهما فضل قيمة فى الصرف لم تجز المفاوضة فى الرواية المشهورة لان زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا تثبت المساواة التى هى من مقتضى العقد وروى اسمعيل بن حماد عن أبى يوسف ان احدى الالفين اذا كانت أفضل من الاخرى جاز وكانت مفاوضة لان الجودة فى أموال الربا لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها فسقط اعتبار الجودة فصار كانهما على صفة واحدة وهل تشترط المجانسة فى رأس المال بان يكون كل واحد منهما دراهم أو يكون كل واحد منهما دنانير فعلى الرواية المشهورة لا تشترط حتى لو كان أحدهما دراهم والآخر دنانير جازت المفاوضة فى الرواية المشهورة بعد ان استويا فى القيمة ولا خلاف فى انهما اذا لم يستويا فى القيمة لم تكن مفاوضة وروى عن أبى حنيفة عليه الرحمة انه لا تكون مفاوضة وان استويا فى القيمة (وجه) هذه الرواية ان عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما فى القيمة لان القيمة تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف بالمساواة والصحيح هو الرواية المشهورة لانهما من جنس الأثمان فكانت المجانسة ثابتة فى الثمنية (ومنها) أن لا يكون لاحد المتفاوضين ما تصح فيه الشركة ولا يدخل فى الشركة فان كان لم تكن مفاوضة لان ذلك يمنع المساواة وان تفاضلا فى الاموال التى لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال الغائب لان مالا تنعقد عليه الشركة كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل فى الازواج والاولاد (ومنها) المساواة فى الربح فى المفاوضة فان شرطا التفاضل فى الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة (ومنها) العموم فى المفاوضة وهو أن يكون فى جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لما فى الاختصاص من ابطال معنى المفاوضة وهو المساواة وعلى هذا يخرج قول أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة انه لا تجوز المفاوضة بين المسلم و بين الذمى لان الذمى يختص بتجارة لا يجوز ذلك للمسلم وهى التجارة فى الخمر والخنزير فلم يستويا فى التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند أبى يوسف يجوز لاستوائهما فى أهلية الوكالة والكفالة وتجوز مفاوضة الذميين لاستوائهما فى التجارة (وأما) مفاوضة المسلم والمرتد ذكر الكرخى انها غير جائزة وكذا روى عيسى بن أبان عن أبى حنيفة رحمهم الله لان تصرفات المرتد متوقفة عنده لوقوف أملاكه فلا يساوى المسلم فى التصرف فلا تجوز كما لا تجوز بين المسلم والذمى وذكر محمد فى الاصل وقال قياس قول أبى يوسف انه يجوز يعنى قياس قوله فى الذمى ولابى يوسف انه يفرق بينهما من حيث ان ملك المرتد ناقص لكونه على شرف الزوال ألا ترى ان قاضيا لو قضى ببطلان تصرفه و زوال ملكه ينفذ قضاؤه واذا كان ناقص الملك والتصرف نزل منزلة المكاتب بخلاف الذمى ولو فاوض مسلم مرتدة ذكر الكرخى انها لا تجوز وقال القدورى رحمه الله وهو ظاهر على أصل أبى حنيفة ومحمد لان الكفر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر (وأما) أبو يوسف فالكفر عنده غير مانع وانما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد فى المرأة وأما مفاوضة المرتدين أو شركتهما شركة العنان فذلك موقوف عند أبى حنيفة على ما أصله فى عقود المرتد انها موقوفة فان أسلما جاز عقدهما وان قتلا على ردتهما أو ماتا أو لحقا بدار الحرب بطل (وأما) على قولهما فشركة العنان جائزة لان عقودهما نافذة (وأما) مفاوضتهما فقد ذكر القدورى رحمه الله وقال ينبغى أن لا يجوز أما عند أبى يوسف فلان نقصان الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب وملكهما ناقص لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين (وأما) عند محمد فلان المرتد عنده بمنزلة المريض مرض الموت وكفالة المريض مرض الموت لا تصح الا من الثلث والمفاوضة تقتضى جواز الكفالة على الاطلاق وان شارك مسلم مسلما ثم ارتد أحدهما فان قتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت الشركة وان رجع قبل ذلك فهما

على الشركة لانه اذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب زالت أملاكه عند أبي حنيفة من حين ارتد فكأنه مات فبطلت شركته وان أسلم فقد زال التوقف وجعل كأن الردة لم تكن ولهذا قال أبو حنيفة ان المرتد منهما اذا أقر ثم قتل لم يلزم اقراره شريكه لان الملك يحكم بزواله من وقت الردة فقد أقر بعد بطلان الشركة (وأما) على قولهما فاقراره جائز على شريكه وكذا بيعه وشراؤه لان الشركة عندهما انما بطلت بالقتل أو باللحاق فكانت باقية قبل ذلك فنفذ تصرفه واقراره ويكره للمسلم ان يشارك الذمي لانه يباشر عقودا لا تجوز في الاسلام فيحصل كسبه من محظور فيكره ولهذا كره توكيل المسلم الذمي ولو شاركه شركة عنان جاز كما لو وكله (ومنها) لفظ المفاوضة في شركة المفاوضة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة انه لا تصح شركة المفاوضة الا بلفظ المفاوضة وهو قول أبي يوسف ومحمد لان للمفاوضة شرائط لا يجمعها الا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها والعوام قلما يقفون على ذلك وهذه العقود في الاعم الاغلب تجري بينهم فان كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح وان لم يذكر لفظها لان العبرة في العقود لمعانيها لا عين الالفاظ وفي كل موضع فقد شرط من الشروط بالمفاوضة كانت الشركة عنانا لان المفاوضة تضمنت العنان وزيادة فبطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان ولان فقد شرط في عقد انما يوجب بطلانه اذا كان العقد ما يقف صحته عليه ولا يقف صحة العنان على هذه الشرائط ففقدانها لا يوجب بطلانه (وأما) شركة العنان فلا يراعى لها شرائط المفاوضة فلا يشترط فيها أهلية الكفالة حتى تصح ممن لا تصح كفالته من الصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب ولا المساواة بين رأسي المال فيجوز مع تفاضل الشريكين في رأس المال ومع أن يكون لاحدهما مال آخر يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس ماله الذي شاركه صاحبه فيه ولا أن يكون في عموم التجارات بل يجوز عاما وهو أن يشتركا في عموم التجارات وخاصا وهو أن يشتركا في شيء خاص كالبز والخز والرقيق والثياب ونحو ذلك لان اعتبار هذه الشرائط في المفاوضات لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد في العنان ولا لفظة المفاوضة لان اعتبارها في المفاوضة لدلالتها على شرائط مختصة بالمفاوضة ولم يشترط في العنان فلا حاجة الى لفظة المفاوضة ولا الى لفظة العنان أيضا لان كل أحد يقدر على لفظ يؤدي معناه بخلاف المفاوضة ولا المساواة في الربح فيجوز متفاضلا ومتساويا لما قلنا والاصل ان الربح انما يستحق عندنا اما بالمال واما بالعمل واما بالضمان أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر لان الربح نماء رأس المال فيكون لمالكه ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة واما بالعمل فان المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك وأما بالضمان فان المال اذا صار مضمونا على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجا بضمان بقول النبي عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان فاذا كان ضمانه عليه كان خراجه له والدليل عليه ان صانعا تقبل عملا بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل ولا سبب لاستحقاق الفضل الا الضمان فثبت ان كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح فان لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق بدليل ان من قال لغيره تصرف في ملكك على ان لي بعض ربحه لم يجز ولا يستحق شيأ من الربح لانه لا مال ولا عمل ولا ضمان اذا عرف هذا فنقول اذا شرطا الربح على قدر المالين متساويا أو متفاضلا فلا شك انه يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط سواء شرطا العمل عليهما أو على أحدهما والوضيعة على قدر المالين متساويا ومتفاضلا لان الوضيعة اسم لجزء هالك من المال فيتقدر بقدر المال وان كان المالان متساويين فشرطا لاحدهما فضلا على ربح ينظر ان شرطا العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما على الشرط في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز أن يشترط لاحدهما أكثر من ربح ماله وبه أخذ الشافعي رحمه الله ولا خلاف في شركة الملك ان الزيادة فيها تكون على قدر المال حتى لو شرط الشريكان في ملك ماشية لاحدهما فضلا من أولادها وألبانها لم تجز بالاجماع والكلام بيننا وبين زفر بناء على أصل وهو ان الربح عنده لا يستحق الا بالمال لانه نماء الملك فيكون على قدر المال كالاولاد والالبان (وأما) عندنا فالربح تارة يستحق بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان على ما بينا وسواء عملا جميعا أو عمل أحدهما دون الآخر فالربح بينهما يكون على

الشرط لان استحقاق الربح فى الشركة بالاعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل ان المضارب اذا استعان برب المال استحق الربح وان لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضيعة على قدر المالين لما قلنا وان شرطا العمل على أحدهما فان شرطاه على الذى شرطا له فضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح رأس ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على أقلهما ربحا لم يجز لان الذى شرطا له الزيادة ليس له فى الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان وقد بينا ان الربح لا يستحق الا بأحد هذه الاشياء الثلاثة وان كان المالان متفاضلين وشرطا التساوى فى الربح فهو على هذا الخلاف ان ذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة اذا شرطا العمل عليهما وكان زيادة الربح لاحدهما على قدر رأس ماله بعمله وانه جائز وعلى قول زفر لا يجوز ولا بد أن يكون قدر الربح على قدر رأس المالين عنده وان شرطا العمل على أحدهما فان شرطاه على الذى رأس ماله أقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على صاحب الاكثر لم يجز لان زيادة الربح فى حق صاحب الاقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان (وأما) العلم بمقدار رأس المال وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالاموال عندنا وعند الشافعى رحمه الله شرط (وجه) قوله ان جهالة قدر رأس المال تؤدى الى جهالة الربح والعلم بمقدار الربح شرط جواز هذا العقد فكان العلم بمقدار رأس المال شرطا (ولنا) ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة وجهالة رأس المال وقت العقد لا تفضى الى المنازعة لانه يعلم مقداره ظاهرا وغالبا لان الدراهم والدنانير توزن وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا يؤدى الى جهالة مقدار الربح وقت القسمة (وأما) الشركة بالاعمال فاما المفاوضة منها (فمن) شرائطها أهلية الكفالة (ومنها) التساوى فى الاجر (ومنها) مراعاة لفظ المفاوضة لما ذكرنا فى الشركة بالاموال اما العنان منها فلا يشترط لها شئ من ذلك وانما تشترط أهلية التوكيل فقط كذا روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله انه قال ما تجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة وما لا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة وعلى هذا تخرج الشركة بالاعمال فى المباحات من الصيد والحطب والحشيش فى البرارى وما يكون فى الجبال من الثمار وما يكون فى الارض من المعادن وما أشبه ذلك بان اشتركا على أن يصيدا أو يحتطبا أو يحتشا أو يستقيا الماء ويبيعانه على ان ما أصاب من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الوكالة لا تنعقد على هذا الوجه ألا ترى انه لو وكل رجلا ليعمل له شيأ من ذلك لا تصح الوكالة كذا الشركة فان تشاركا فأخذ كل واحد منهما شيأ من ذلك منفردا كان المأخوذ ملكا له لان سبب ثبوت الملك فى المباحات الاخذ والاستيلاء وكل واحد منهما انفرد بالاخذ والاستيلاء فينفرد بالملك وان أخذاه جميعا معا كان المأخوذ بينهما نصفين لاستوائهما فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق فان أخذ كل واحد منهما على الانفراد ثم خلطاه وباعاه فان كان مما يكال أو يوزن يقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن وان كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما بالقيمة يضرب كل واحد منهما بقيمة الذى له لان المكيل والموزون من الاشياء المتماثلة فتمكن قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن فاما غير المكيل والموزون من الاشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن على عينها فيقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن والقيمة يصدق كل واحد منهما فيما يدعيه الى النصف من ذلك مع اليمين على دعوى صاحبه لان الشئ فى أيديهما واليد دليل الملك من حيث الظاهر والتساوى فى دليل الملك يوجب التساوى فى الملك فان ادعى أكثر من النصف لا يقبل قوله الا ببينة فان عمل أحدهما وأعانه الآخر فى عمله بالجمع والربط فذلك كله للعامل ولا شئ للمعين لوجود السبب من العامل دون المعين وللمعين أجر مثله لا يجاوز به قدر المسمى له من النصف والثلث ونحو ذلك فى قول أبى يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ (اما) وجوب أجر المثل للمعين فلانه استوفى منفعته بعقد فاسد وانه يوجب أجر المثل ثم قال أبو يوسف لا يجاوز به قيمة ما سمى وقاسه على سائر الاجارات الفاسدة لانه لا يزاد على المسمى هناك كذا هذا هنا والجامع بينهما انه رضى بانه لا يكون له زيادة على المسمى فلا يستحق وصار كمن قال لرجل بع هذا الثوب على ان لك نصف ثمنه فباعه كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا هذا وفرق محمد بين هذا وبين سائر

الاجارات الفاسدة بان المسمى هناك قدر معلوم من الاجرة فكان الرضا به اسقاطاً لما زاد عليه والمسمى هنا ليس بمعلوم بل هو معدوم لانه ماسمى الا نصف الحطب أو ثلثه والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مسقطة الزيادة على المسمى من أجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضاربة الفاسدة اذا ربح المضارب فيها ان له أجر مثله لا يتجاوز به المسمى من الربح فى قول أبى يوسف وان لم يكن له ربح فلا شئ له وعند محمد له أجر مثله بالغاً ما بلغ ربح أو لم يربح وستأتى المسئلة فى كتاب المضاربة ولو ان رجلا أجلس فى دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس ان لا تجوز هذه الشركة لانها شركة العروض لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت والحانوت من العروض وشركة العروض غير جائزة وفى الاستحسان جائزة لان هذه شركة الاعمال لانها شركة التقبل وتقبل العمل من صاحب الحانوت عمل وشركة الاعمال جائزة بلا خلاف بين أصحابنا لان مبناها على الوكالة والوكالة على هذا الوجه جائزة بان يوكل خياط أو قصار وكيلا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل بأجر أن يوكل وكيلا يتقبل العمل فان كان لهما كلب فارسلاه جميعاً كان ما أصاب بينهما لاستوائهما فى سبب الاستحقاق ولو كان الكلب لاحدهما وكان فى يده فارسلاه جميعاً فما أصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة لان ارسال الاجنبى لا عبرة به مع ارسال المالك فكان ملحقاً بالعدم كان المالك أرسله وحده وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد منهما كلبه فأصابا صيداً واحداً كان بينهما نصفين لانهما تساويا فى سبب الاستحقاق وان أصاب كلب كل واحد منهما صيداً على حدة كان له خاصة لانه ملكه بفعله فاختص به وعلى هذا يخرج ما اذا اشترك رجلان ولاحدهما بغل وللآخر بعير على أن يؤاجرا ذلك فما رزق الله تعالى من شئ فهو بينهما فآجراهما بأجر معلوم فى عمل معلوم وحمل معلوم ان هذه الشركة فاسدة ويقسم الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير اما فساد الشركة فلان الوكالة على هذا الوجه لا تصح ألا ترى ان من قال لآخر أجر بعيرك على أن تكون الاجرة بيننا لا تصح الوكالة كذا الشركة ولان الشركة لا تصح فى أعيان الحيوان فكذا فى منافعها وأما قسمة الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير فلان الشركة اذا فسدت فالاجارة صحيحة لانها وقعت على منافع معلومة ببدل معلوم ومن حكم الاجرة أن تقسم على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين وان لم يؤاجرا البغل والبعير ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببدل معلوم فحملا الحمولة على ذلك فالاجر بينهما نصفين لان هذه شركة العمل لان الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد بمنزلة عمل الخياطة والقصارة فكان البدل بينهما على قدر الضمان وقد تساويا فى الضمان فيتساويا فى الاجرة ولا عبرة بزيادة حمل البعير على البغل كما لا عبرة بكثرة عمل أحد الشريكين فى شركة الصنائع لان البدل يقابل الضمان والبغل والبعير هنا آلة ايفاء العمل ولو آجر البعير بعينه كانت أجرته لصاحبه لا لصاحب البغل وكذا اذا آجر البغل بعينه كانت الاجرة لصاحب البغل لا لصاحب البعير لان العقد وقع على منافع البعير والبغل باذن مالكهما فكانت الاجرة له فان كان الآخر أعانه على الحمولة والنقلان كان للذى أعانه أجر مثله لانه استوفى منفعة شريكه بعقد فاسد ثم عند أبى يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذى آجر به فى قول أبى يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغاً ما بلغ على ما ذكرنا فى شركة الاحتطاب قصاران لاحدهما أداة القصارة وللآخر بيت اشتركا على أن يعملا بأداة هذا فى بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان ذلك جائزا وكذلك الصاغة والخياطون والصباغون لان الاجر هنا بدل عن العمل لا عن الآلة وقد صار العمل مضمونا عليهما فكان بدله لهما وكان أحدهما معيناً للآخر بنصف الآلة والآخر معينا له بنصف الدكان وهو نظير المسئلة المتقدمة وهى ان يتقبلا حمولة ويحملاها على دابتهما ولو اشتركا ولاحدهما دابة وللآخر اكاف وجوالقان على ان يؤاجرا الدابة على ان أجرهما بينهما نصفين كانت الشركة فاسدة وأجر الدابة لصاحبها وللآخر معه أجر مثله فى قولهم جميعاً اما فساد الشركة فلما ذكرنا ان الوكالة على هذا الوجه لا تصح كذا الشركة واما الاجر فلانه بدل منافع الدابة فكانت لصاحبها وقد استوفى منافع آلة الآخر بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها

ولو

ولودفع دابة الى رجل ليؤاجرها على ان الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر لصاحب الدابة وللاجر أجر مثله وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة على هذا الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والاجر لصاحب الدابة لان العاقد عقد على ملك غيره بأمره وللرجل أجر مثله لان صاحب الدابة استوفى منافعها بعقد فاسد ولوكان دفع اليه الدابة ليبيع عليها الطعام على ان الربح بينهما نصفان كان فاسدا والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة أجر مثلها وكذا البيت لان الكسب حصل بعمله وقد استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتفاق العمل ويجوز ان اتفقت اعمالها أو اختلفت كالخياط مع القصار ونحو ذلك وهذا قول أصحابنا وقال زفر لا تجوز هذه الشركة الا عند اتفاق الصنعة كالقصارين والخياطين بناء على ان الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا كذا بالعملين المختلفين وعنده لا تجوز بالمالين المختلفين فكذا بالعملين المختلفين والصحيح قولنا لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بضمان العمل والعمل مضمون عليهما اتفق العملان أو اختلفا والله عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالوجوه فشرط المفاوضة منها أن يكونا من أهل الكفالة (ومنها) أن يكون الثمن بمشترك على كل واحد منهما نصفه وان يكون المشترى بينهما نصفين وان يكون الربح بينهما نصفين (ومنها) أن يتلفظا بلفظ المفاوضة لما فصلنا فيما تقدم بتمامه (وأما) شركة العنان منها فلا يشترط لها أهلية الكفالة ولا المساواة بينهما في ملك المشترى حتى لو اشتركا بوجوههما على أن يكون ما اشتريا أو أحدهما بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا وكيف ماشرطا على التساوى والتفاضل كان جائزا وضمان ثمن المشترى بينهما على قدر ملكهما في المشترى والربح بينهما على قدر الضمان فان شرطا لاحدهما فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما ثمن المشترى لان الربح في هذه الشركة انما يستحق بالضمان فيتقدر بقدر الضمان فاذا شرط لاحدهما أكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ملك من غير ربح ولا ضمان فلا يجوز فان قيل الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق بالعمل فجاز أن يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة العنان فالجواب ان هذا مسلم اذا كان العمل في مال معلوم كما في المضاربة وشركة العنان ولم يوجد هنا فلا يستحق كمن قال لآخر ادفع اليك ألفا مضاربة على أن تعمل فيها بالنصف ولم يعين الالف انه لا تجوز المضاربة لانه لم يشترط العمل في مال معين

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الشركة فاما شركة الاملاك فحكمها في النوعين جميعا واحد وهو ان كل واحد من الشريكين كانه أجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه لان المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة ولم يوجد شئ من ذلك وسواء كانت الشركة في العين أو الدين لما قلنا ولو كان بين رجلين دين على رجل من ثمن عبد باعاه اما بألف درهم أو ألف بينهما أقرضاه اياه أو استهلك الرجل عليهما شيأ قيمته ألف درهم أو ورثا دينا لرجل واحد عليه فقبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه فللآخر أن يشاركه فيأخذ منه نصف ما قبضه والاصل في هذا ان الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد اذا قبض أحدهما شيأ منه فللآخر أن يشاركه في المقبوض لان المقبوض مقبوض من النصيبين اذ لو جعل لاحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وانه غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة ولهذا لم تصح قسمة العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين قال أحدهما لصاحبه خذ منها لك هذا الجانب ولى هذا الجانب لا يجوز لانعدام التمييز فاذا لم يصح في العين من غير تمييز ففي الدين أولى ولان القسمة فيها معنى التمليك لان ما من جزأين الا وأحدهما ملكه والآخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تمليك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز فجعل المقبوض من النصيبين جميعا لئلا يؤدى الى ما قلنا وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقابض أن يمنعه عنه بأن يقول أنا أعطيك مثل نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منعه وسواء كان

المقبوض مثل حقه أو أجود أو أردأ اما اذا كان أجود من حقه فلان الجودة لا عبرة بها في الجنس الواحد ألا ترى ان من عليه الردىء اذا أعطى الجيد يجبر صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضاً لعين الحق وان كان أردأ فقبض الردىء عن الجيد جائز لانه من جنس حقه وما قبض الشريك من شريكه يكون قدر ذلك للقابض ديناً على الغريم ويكون ماعلى الغريم بينهما على قدر ذلك من الدين حتى لو كان الدين ألف درهم بينهما فقبض أحدهما خمسمائة فجاء الشريك فأخذ نصفها كان للقابض ما بقى له على الغريم وذلك مائتان وخمسون وتكون الشركة باقية في الدين كما كانت لانه لما أخذ شريكه نصف المقبوض انتقض قبضه في نصف ماقبض وبقى الباقى من دينه على حاله فان أخرجه القابض عن يده بان وهبه أو باعه أو قضى ديناً عليه أو استهلكه بوجه من الوجوه فلشريكه أن يضمنه نصف ماقبض لانه أتلف عليه ماقبضه من نصيبه فكان له أن يضمنه فان لم يقبض أحد الشريكين شيأ ولكن أبرأ الغريم من حصته جازت البراءة ولا يضمن لشريكه شيأ لانه لم يقبض شيأ من الدين بل أتلف حصته لا غير فلا يضمن فان أبرأه أحدهما عن مائة درهم ثم خرج من الدين شىء اقتسماه بينهما على قدر مال كل واحد منهما على الغريم فيكون المقبوض بينهما على تسعة أسهم لان أحدهما لما أبرأ الغريم من مائة درهم بقى له من الدين أربعمائة ولشريكه خمسمائة فيضربان في قدر المقبوض بتسعة أسهم وكذلك اذا كانت البراءة بعد القبض قبل أن يقتسما لان القسمة تقع على قدر حقهما فان اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما الغريم من مائة درهم فالقسمة ماضية ولا ينقض ابراؤه بعد القسمة شيأ مما اقتسماه لانهما اقتسما وملكهما سواء فزوال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة ولو لم يقبض أحدهما شيأ ولكن اشترى بنصيبه ثوبا من الغريم فالشريك أن يضمنه نصف ثمن الثواب ولا سبيل له على الثوب لانه انما اشترى الثوب بثمن في ذمة الغريم لا بماله في ذمة الغريم لانه كما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته وله في ذمة الغريم مثله فصار مافى ذمته قصاصا بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل فان اجتمعا جميعا على الشركة في الثوب فهو جائز لانه قد وجب عليه نصف ثمنه فاذا اسلم له نصفه بذلك و رضى شريكه به صار كانه باع نصف الثوب منه فان لم يشتر بحصته شيأ ولكن صالحه من حقه على ثوب وقبضه ثم طالبه شريكه بما قبض فان القابض بالخيار ان شاء سلم اليه نصف الثوب وان شاء أعطاه مثل نصف حقه من الدين والخيار في ذلك الى القابض لان الصلح لم يوجب شيأ على المصالح لانه عقد تبرع بمنزلة الهبة والابراء بخلاف الشراء الا أنه قبض ثوبا عن الدين المشترك فكان له أن يسلم نصفه الى الشريك وله ان يقول أنا أعطيك نصف حقك من الدين لانه لا حق لك فيما زاد على ذلك وللشريك في هذه الوجوه كلها أن يسلم للشريك ماقبضه و يرجع بدينه على الغريم لان من حجته أن يقول ديني قد ثبت عليك بعقد المداينة فتسليمك الى غيرى لا يسقط مالى في ذمتك فان سلم للشريك ماقبض ثم توى الذى على الغريم فله أن يرجع على الشريك و يكون الحكم في هذه الوجوه كلها كالحكم فيما اذا لم يسلم الا وجها واحدا وهو أنه اذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعد ماقبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه أن يمنعه عنها و يعطيه مثلها لان المقبوض في الاصل كان عن حق مشترك وانما سلم به الشريك المقبوض للقابض ليسلم له مافى ذمة الغريم فاذا لم يسلم بقى حقه في المقبوض كما كان الا أنه ليس له في هذا الوجه ان يرجع الى عين تلك الدراهم لانه أسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث أجاز تملك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما تجدد له ضمان آخر بتواء ماله فثبت ذلك في ذمة القابض كسائر الديون فان أخر أحدهما نصيبه لم يجز تأخيره في قول أبى حنيفة رحمه الله و يجوز عند أبى يوسف ومحمد ولا خلاف في انه لا يجوز تأخيره في نصيب شريكه لانه لم يملكه ولا تولى هذا العقد فيه وأما في نصيب شريكه فهو على الخلاف (وجه) قولهما ان نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه ولهذا املك التصرف فيه اسقاطا بالابراء فالتأخير أولى لانه دونه . ولابى حنيفة رحمه الله ان تأخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة والدليل على أن التأخير قسمة الدين انه وجد أثر القسمة وهو انفراد كل واحد من الشريكين بنصيبه على وجه لا يكون للآخر فيه

حق

حق وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه لا يحتمل معنى القسمة وهو التميز إذ هو اسم للفعل أو لمال حكمى فى الذمة بخلاف الابراء فانه ليس فيه أثر القسمة ومعناها بل هو اتلاف لنصيبه فان قيل قسمة الدين تصرف فى الدين والتأخير ليس تصرفا فى الدين بل فى المطالبة بالاسقاط فالجواب ان التأخير تصرف فى الدين والمطالبة جميعا لانه يوجب تغيير الدين عما كان عليه لان الدين قبله كان على صفة لو قبض أحدهما نصيبه كان للآخر ان يشاركه فيه و بعد التأخير لا يبقى له حق المشاركة مادام الاجل قائما ثم فرع على قولهما فقال اذا قبض الشريك الذى لم يؤخر نصيبه لم يكن للذى أخر ان يشركه فيما قبض حتى يحل دينه فان حل دينه فله ان يشركه ان كان قائما وان كان مستهلكا ضمنه صاحبه لان الاجل يمنع ثبوت المطالبة فلا يكون له حق فى المقبوض فاذا حل صار كانه لم يزل حالا فتثبت له الشركة فان لم يقبض الآخر شيأ حتى حل دين الذى أخر عاد الامر الى ما كان فما قبض أحدهما من شئ يشركه الآخر فيه لان الدين لما حل فقد سقط الاجل فصار كما كان قبل التأجيل ولو كان الدين بين شريكين على امرأة فتزوجها أحدهما على نصيبه من الدين فقد روى بشر عن أبى يوسف ان لشريكه أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك و روى بشر عنه أيضا انه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبى يوسف (وجه) الرواية الاولى ان النكاح أوجب المهر فى ذمته وله فى ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فكان له أن يرجع بنصف حقه كما لو اشترى منها ثوبا بنصيبه من الدين (وجه) الرواية الاخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكه كما لو أبرأها عن نصيبه ولو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه فان لشريكه يرجع عليه فى قولهم جميعا لان الاجرة فى مقابلتها بدل مضمون بالعقد فأشبه البيع وكذا الذى سلم له وهو المنفعة قابل للشركة فكان له أن يضمنه و روى بشر عن أبى يوسف ان أحد الطالبين اذا شج المطلوب موضحة عمدا فصالحه على حصته لا يلزمه شئ لشريكه لانه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه لان الصلح عن جناية عمد ليس فى مقابلته بدل مضمون فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شئ واما اذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا فصارت قيمته قصاصا بدينه أو اقترض منه شيأ بقدر نصيبه من الدين فلشريكه أن يرجع عليه لان قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصا بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كانه استوفى حقه ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصا بما لاحد الطالبين فلا ضمان على الذى سقط عنه الدين لشريكه لانه ما استوفى الدين بل قضى دينا كان عليه اذ الاصل فى الدينين اذا التقيا قصاصا أن يصير الاول مقضيا بالثانى لانه كان واجب القضاء قبل الثانى واذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت فى القدر المستوفى وذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد لو ان أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جائزا و برئ من حصة القاتل من الدين وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسلة أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسلة فرق بين هذا و بين ما اذا صالح على نفس الدين أو تزوج به (ووجه) الفرق ان العقد هنا وهو الصلح والنكاح وقع على ما فى الذمة وانه يوجب المقاصة فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوج به فان العقد هناك ما وقع على ما فى الذمة مطلقا الا ترى ان العقد هناك أضيف الى نفس الدين فلم تقع المقاصة ولم يسلم له أيضا ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع وذكر على بن الجعد عن أبى يوسف انه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشتركا بالحصص لان الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك الى الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والاجنبى سواء ولو أعطى المطلوب لاحدهما رهنا بحصته فهلك الرهن عنده فلشريكه أن يضمنه لان قبض الرهن قبض استيفاء و بهلاك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كالاستيفاء حقيقة ولو غصب أحد الشريكين من

المطلوب عبدا فمات عنده فلشريكه أن يضمنه لانه صار ضامنا لقيمة العبد من وقت الغصب فهلك المغصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد ولو ذهبت احدى عيني العبد بآفة سماوية فى ضمان الغاصب فرده لم يرجع شريكه عليه بشئ لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لانه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شيأ بخلاف نفس العبد لانه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه وكذلك العبد المرهون اذا ذهبت احدى عينيه بآفة سماوية وكذا لو اشترى احد الشريكين من الغريم عبدا بيعا فاسدا وقبضه فمات فى يده أو باعه أو أعتقه انه يضمن لشريكه كما يضمن فى الغصب ولو ذهبت عينه بآفة سماوية فرده لم يضمن لشريكه شيأ و يجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة والله عز وجل أعلم (وأما) شركة العقود فجملة الكلام فيها انها لا تخلو من أن تكون فاسدة أو صحيحة أما الصحيحة * فأما الشركة بالاموال فنبين أحكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لاحد شريكى العنان والمفاوضة ان يعمله فى مال الشركة وما لا يجوز أما العنان فلاحد شريكى العنان أن يبيع مال الشركة لانهما بعقد الشركة اذن كل واحد لصاحبه ببيع مال الشركة ولان الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولان غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما التجارة الا البيع والشراء فكان اقدامهما على العقد اذنا من كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشراء دلالة وله أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة لان الاذن بالبيع بمقتضى الشركة وجد مطلقا ولان الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقدا ونسيئة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا الا بما لا يتغابن الناس فى مثله لان المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى وجعله على الاختلاف فى الوكالة بالبيع مطلقا انه يجوز عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز ولو باع أحدهما وأجل الآخر لم يجز تأجيله فى نصيب شريكه بالاجماع وهل يجوز فى نصيب نفسه فهو على الخلاف الذى ذكرنا فى الدين المشترك اذا أخر أحدهما نصيبه هذا اذا عقد أحدهما وأجل الآخر فاما اذا عقد أحدهما ثم أجل العاقد فلا خلاف فى أنه يجوز تأجيله فى نصيب نفسه لانه مالك وعاقد وأما فى نصيب شريكه فيجوز تأجيله فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجوز والكلام فيه بناء على مسئلة الوكيل بالبيع انه يملك تأخير الثمن والابراء عنه عندهما وعنده لا يملك (ووجه) البناء ظاهر لان العاقد فى نصيب الشريك وكيل عنه وهى من مسائل كتاب الوكالة الا أن هناك اذا أخر يضمن من ماله للموكل عندهما وهنا لا يضمن الشريك العاقد لان الشريك العاقد يملك أن يقايل البيع ثم يبيعه بنسيئة واذا لم يقايل وأخر الدين جاز والوكيل بالبيع لا يملك أن يقايل و يبيع بالنسيئة فاذا أخر يضمن وله يشترى بالنقد والنسيئة لما قلنا فى البيع وهذا اذا كان فى يده مال ناض للشركة وهو الدراهم والدنانير فاشترى بالدراهم والدنانير شيأ نسيئة وكان عنده شئ من المكيل والموزون فاشترى بذلك الجنس شيأ نسيئة فاما اذا لم يكن فى يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم أودنانير شيأ كان المشترى له خاصة دون شريكه لانا لو جعلنا شراءه على الشركة لصار مستدينا على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بذلك كالمضارب لانه يصير مال الشركة أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده عروض فاشترى بالدراهم والدنانير نسيئة لان العروض لا تصلح رأس مال الشركة فكان الشراء بالاثمان استدانة بخلاف ما اذا اشترى بها وفى يده مثلها لان ذلك ليس باستدانة وحكى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة انه اذا كان فى يد أحد الشريكين دنانير فاشترى بدراهم جاز وقال زفر لا يجوز بناء على أن زفر يعتبر المجانسة فى رأس مال الشركة حقيقة حتى أبى انعقاد الشركة فى الدراهم مع الدنانير لاختلاف الجنس حقيقة فيصير كانه اشترى بجنس ما فى يده صورة بالدراهم وعنده عروض ونحن نعتبر المجانسة معنى وهو الثمنية وقد تجانسا فى الثمنية فصار كانه اشترى بجنس ما فى يده صورة ومعنى وله أن يبضع مال الشركة لان الشركة تنعقد على عادة التجار والابضاع من عاداتهم ولان له أن يستأجر من يعمل فى البضاعة بعوض فالابضاع أولى لان استعمال البضع فى البضاعة بغير عوض وله أن يودع لان

الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة أيضا لانه لابد للتاجر منه لانه يحتاج الى ذلك عند اعتراض أحوال تقع عادة لان له أن يستحفظ المودع بأجر فبغير أجر أولى وليس له أن يشارك الا أن يؤذن له بذلك لان الشئ لا يستتبع مثله فان شارك رجلا شركة عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه للشريكين لانه ان كان لا يملك الشركة فى حق الشريك يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما وان اشترى الشريك الذى لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه نصفين ولا شئ للاجنبى فيه لانه لم يوكله فبقى ما اشتراه على حكم الشركة وقال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شريكى العنان رجلا شركة مفاوضة بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان لان المفاوضة تقتضى فسخ شركة العنان لان المفاوض يجب أن يكون شريكه فى كل المال وذلك لا يصح فى حق شريكه فكان ذلك فسخا للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وان كان بمحضر من صاحبه صحت المفاوضة وذلك ابطال لشركة العنان لانه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه وليس له أن يخلط مال الشركة بمال له خاصة لان الخلط ايجاب حق فى المال فلا يجوز الا فى القدر الذى رضى به رب المال وهل له أن يدفع مال الشركة مضاربة ذكر محمد فى الاصل عن أبى حنيفة انه له ذلك وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك (وجه) رواية الحسن ان المضاربة نوع شركة لان رب المال مع المضارب يشتركان فى الربح وهو لا يملك الشركة باطلاق العقد فلا يملك المضاربة (وجه) ظاهر الرواية انه يملك أن يستأجر أجيرا يعمل فى مال الشركة فلأن يملك الدفع مضاربة أولى لان الاجير يستحق الاجر سواء حصل فى الشركة ربح أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شيأ بعمله الا اذا كان فى المضاربة ربح فلما ملك الاستئجار فلأن يملك الدفع مضاربة أولى والاستدلال بالشركة غير سديد لان الشركة فوق المضاربة لانها توجب الشركة فى الاصل والفرع والمضاربة توجب الشركة فى الفرع لا فى الاصل والشئ يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله ولهذا لا يملك المضارب أن يدفع المال مضاربة بمطلق العقد لان المضاربة مثل المضاربة ويملك التوكيل لانه دون المضاربة والوكيل لا يملك أن يوكل غيره باطلاق الوكالة لان الوكالة مثل الوكالة وله أن يعمل فى مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمله فى مال المضاربة وسنذكره فى كتاب المضاربة ان شاء الله تعالى لان تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه فما كان للمضارب أن يعمل فالشريك أولى وله أن يأخذ مالا مضاربة ويكون ربحه له خاصة لان المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به كما لو آجر نفسه وله أن يوكل بالبيع والشراء استحسانا والقياس أن لا يجوز لان شريكه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره (وجه) الاستحسان ان الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع والشراء من عاداتهم ولانه من ضرورات التجارة لان التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج الى التوكيل فكان التوكيل من ضرورات التجارة بخلاف الوكيل بالشراء لانه لا يملك أن يوكل غيره لانه لا يملك جميع التصرفات بل لا يملك الا الشراء فيمكنه مباشرته بنفسه فلا ضرورة الى أن يوكل غيره ولان الشركة أعم من الوكالة والوكالة أخص منها والشئ يستتبع دونه ولا يستتبع مثله وبخلاف ما اذا كانا شريكين فى خادم أو ثوب خاصة انه ليس لاحدهما أن يوكل رجلا ببيعه وان وكل لم يجز فى حصة صاحبه لان ذلك شركة ملك وكل واحد من الشريكين فى شركة الاملاك أجنبى عن صاحبه محجور عن التصرف فى نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك والولاية على ما بينا فيما تقدم وله أن يوكل وكيلا ويدفع اليه مالا ويأمره أن ينفق على شئ من تجارتهما والمال من الشركة لما قلنا ان الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه كتصرف الموكل فان أخرج الشريك الآخر الوكيل يخرج من الوكالة ان كان فى بيع أو شراء أو اجارة لان كل واحد منهما لما ملك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولان الموكل وكيل لشريكه فاذا وكل كان للموكل أن يعزل وكيله وان كان وكيلا فى تقاضى ما داينه فليس للآخر اخراجه لانه لا يملك أن يوكل شريكه فلا يملك أن يعزل وكيله عنه وله أن يستأجر أجيرا للشئ من تجارتهما لان الاجارة من التجارة حتى يملكها المأذون فى التجارة وهو من عادات التجار

أيضا ومن ضرورات التجارة أيضا لان التاجر لا يجد بداً منه ولان المنافع عند ايراد العقد عليها تجرى مجرى الاعيان فكان الاستئجار بمنزلة الشراء وهو يملك الشراء فيملك الاستئجار والاجر يكون على المستأجر يطالب به دون شريكه لانه العاقد لا شريكه وحقوق العقد ترجع الى العاقد و يرجع على شريكه بنصف الاجرة لانه وكيله فى العقد وله أن يرهن متاعاً من الشركة بدين وجب بعقده وهو الشراء وان يرتهن بما باعه لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاؤه وانه يملك الايفاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان وذكر محمد فى كتاب الرهن اذا رهن أحدهما متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما اداناه وقبض لم يجز على شريكه وذلك محمول على ما اذا رهن أحدهما بدين عليهما وجب بعقدهما لان الرهن ايفاء وكل واحد منهما لا يملك أن يوفى دين الآخر من ماله الا بأمره فلا يملك الرهن والارتهان واستيفاء أحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فان هلك فى يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته لانه قبض الرهن بعقد فاسد والرهن الفاسد يكون مضمونا كالصحيح فكان مستوفيا حصته من الدين لانه كان يملك استيفاء حصته من الدين قبل الارتهان وان وليه غيره فاذا ارتهنه بجميع ذلك صار مستوفيا لجميع الدين فيصير مستوفيا حصته صورة فذهب الرهن بحصته وشريكه بالخيار ان شاء رجع بحصته على المطلوب و يرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء ضمن شريكه حصته من الدين لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فاذا هلك فى يده تقرر استيفاء كل الدين ومن استوفى كل الدين المشترك بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته و يرجع الغريم على القابض بما قبضه لانه انما سلم اليه ليملك ما فى ذمته بما سلم ولم يملك فكان له أن يرجع كذا ههنا للمطلوب أن يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء الشريك رجع عليه بنصف دينه لما ذكرنا ان أحد الشريكين اذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه وطريق ذلك ان نصف المقبوض وقع للقابض ولشريكه أن يشاركه فيه ومتى شاركه فيه فللقابض أن يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه فى ذلك أيضا هكذا يستوفى هو و يشاركه الآخر الى أن يستوفيا الدين طعن عيسى بن أبان فى هذه المسألة وقال يجب أن لا يضمن الشريك نصيب شريكه لان محمدا قال لو قال رجل لرجل اعطنى رهنا بدين فلان الذى عليك فان أجازه جاز وان لم يجزه فلا ضمان على فأعطاه وهلك الرهن فى يده لم يضمن وهذا الطعن فى غير موضعه لان ذلك الرجل جعل الرهن فى يد العدل لانه لما أخذ رهنا لغيره وشرط أن لا ضمان عليه فقد صار عدلا وهلاك الرهن فى يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس بقبض استيفاء وههنا انما قبضه للاستيفاء والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون فلم يصح الطعن وله أن يحتال لان الحوالة من أعمال التجارة لان التاجر يحتاج اليها لاختلاف الناس فى الملاءة والافلاس وكون بعضهم أملأ من بعض وفى العادة يختار الاملأ فالاملأ فكانت الحوالة وسيلة الى الاستيفاء فكانت فى معنى الرهن فى التوثق للاستيفاء ولان الاحتيال تمليك ما فى الذمة بمثله فيجوز كالصرف وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع الى العاقد حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيأ من الثمن وكذلك كل دين لزم انسانا بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمديون أن يمتنع من دفعه اليه كالمشترى من الوكيل بالبيع له أن يمتنع عن دفع الثمن الى الموكل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تعود الى العاقد لان المديون لم يلتزم الحقوق للمالك وانما التزمها العاقد فلا يلزمه ما لم يلتزمه الا بتوكيل العاقد فان دفع الى الشريك من غير توكيل برئ من حصته ولم يبرأ من حصة الداين وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع (وجه) القياس ان حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو أجنبى عنها وانما تتعلق بالعاقد فكان الدافع الى القابض بغير حق فلا يبرأ (وجه) الاستحسان أنه لا فائدة فى نقض هذا القبض اذ لو نقضناه لاحتجنا الى اعادته لان المديون يلزمه دفعه الى العاقد والعاقد يرد حصة الشريك اليه فلا يفيد القبض ثم الاعادة فى الحال وهذا على القياس والاستحسان فى الوكيل بالبيع اذا دفع المشترى الثمن الى الموكل من غير اذن الوكيل لا يطالب الشريك بتسليم المبيع لما قلنا وليس

لاحدهما ان يخاصم فيما ادانه الآخر أو باعه والخصومة للذى باع وعليه ليس على الذى لم يل من ذلك شىء فلا يسمع عليه بينة فيه ولا يستحلف وهو والاجنبى فى هذا سواء لان الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد ولو اشترى أحدهما شيأ لا يطالب الآخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما قلنا وللعاقد أن يوكل وكيلا بقبض الثمن والمبيع فيما اشترى و باع لما ذكرنا فيما تقدم ولاحدهما ان يقايل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة وما باعه أحدهما أو اشترى فظهر عيب لا يرد الآخر بالعيب ولا يرد عليه لان الرد بالعيب من حقوق العقد وانها ترجع الى العاقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البائع لانه العاقد فان أقر أحدهما بعيبه فى متاع جاز اقراره عليه وعلى صاحبه قال الكرخى وهذا قياس قول أبى حنيفة وزفر وأبى يوسف رحمهم الله وفرق بين هذا و بين الوكيل اذا أقر بالعيب فرد القاضى المبيع عليه أنه لا ينفذ اقراره على الموكل حتى يثبت بالبينة لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولاحد الشريكين أن يقايل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء الى أن يسترد المبيع و يقبل العقد والوكيل لا يملك ذلك فان باع أحدهما متاعا من الشركة فرد عليه فقبله بغير قضاء القاضى جاز عليهما لان قبول المبيع بالتراضى من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطى وكل واحد منهما يملك أن يشترى ما باعه على الشركة وكذا القبول من غير قضاء القاضى بمنزلة الاقالة واقالة أحدهما تنفذ على الآخر وكذا الوحط من ثمنه أو أخر ثمنه لاجل العيب فهو جائز لان العيب يوجب الرد ومن الجائز أن يكون الصلح والحط أنفع من الرد فكان له ذلك وان حط من غير علة أو أمر يخاف منه جاز فى حصته ولم يجز فى حصة صاحبه لان الحط من غير عيب تبرع والانسان يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غيره وكذلك لو وهب لان الهبة تبرع ولكل واحد منهما أن يبيع ما اشتراه وما اشترى صاحبه مرابحة على ما اشترياه لان كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشراء والبيع والوكيل بالبيع يملك البيع مرابحة وهل لاحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ذكر الكرخى أنه ليس له ذلك والصحيح من قول أبى يوسف ومحمد ان له ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم أن يسافروا وروى عن أبى حنيفة رحمه الله انه ليس للشريك والمضارب أن يسافر وهو قول أبى يوسف وروى عن أبى يوسف ان له المسافرة الى موضع لا يبيت عن منزله وروى عنه يسافر أيضاً بما لا حمل له ولا مؤنة ولا يسافر بماله حمل ومؤنة (وجه) ظاهر قول أبى يوسف ان السفر له خطر فلا يجوز فى ملك الغير الا باذنه (وجه) الرواية التى فرق فيها بين القريب والبعيد انه اذا كان قريبا بحيث لا يبيت عن منزله كان فى حكم المصر (وجه) الرواية التى فرق فيها بين ماله حمل ومؤنة وما ليس له حمل ومؤنة ان ماله حمل اذا احتاج شريكه الى رده يلزمه مؤنة الرد فيتضرر به ولا مؤنة تلزمه فيما لا حمل له (وجه) قول أبى حنيفة ومحمد ان الاذن بالتصرف يثبت مقتضى الشركة وانها صدرت مطلقة عن المكان والمطلق يجرى على اطلاقه الا لدليل ولهذا جاز للمودع أن يسافر على أنه فى معنى المودع لانه مؤتمن فى مال الشركة كالمودع فى مال الوديعة مع ان الشريك يملك أمرا زائدا لا يملكه المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر فلأن يملكه الشريك أولى وقول أبى يوسف ان المسافرة بالمال مخاطرة به مسلم اذا كان الطريق مخوفا (فاما) اذا كان أمناً فلا خطر فيه بل هو مباح لان الله سبحانه وتعالى أمر بالابتغاء فى الارض من فضل الله ورفع الجناح عنه بقوله تعالى عز شأنه فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله وقال عز شأنه ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم مطلقاً من غير فصل وما ذكر من لزوم مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فلا يعد ذلك غرامة فى عادة التجار لان كل مؤنة تلزم تلحق برأس المال هذا اذا لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل فى ذلك برأيك فاما اذا قال ذلك فانه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخلط مال الشركة بمال له خاصة والرهن والارتهان مطلقا لانه فوض الرأى اليه فى التصرف الذى اشتملت عليه الشركة مطلقا واذا سافر أحدهما بالمال وقد أذن له بالسفر أو قيل له اعمل برأيك أو عند اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبى حنيفة ومحمد فله أن ينفق من جملة المال على نفسه فى

كرائه ونفقته وطعامه وادامه من رأس المال روى ذلك الحسن عن أبى حنيفة وقال محمد وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له ذلك لان الانفاق من مال الغير لا يجوز الا باذنه نصاً (وجه) الاستحسان العرف والعادة لان عادة التجار الانفاق من مال الشركة والمعروف كالمشروط ولان الظاهر هو التراضى بذلك لان الظاهر ان الانسان لا يسافر بمال الشركة و يلتزم النفقة من مال نفسه لربح يحتمل أن يكون و يحتمل أن لا يكون لانه التزام ضرر للحال لنفع يحتمل أن يكون و يحتمل أن لا يكون فكان اقدامهما على عقد الشركة دليلا على التراضى بالنفقة من مال الشركة ولان كل واحد منهما فى مال صاحبه كالمضارب لان ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال وهو يستحق نصف الربح شائعاً كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال كالمضارب اذا سافر بمال نفسه و بمال المضاربة كانت نفقته فى جميع ذلك كذا هذا وقال محمد فان ربحت حسبت النفقة من الربح وان لم يربح كانت النفقة من رأس المال لان النفقة جزء تالف من المال فان كان هناك ربح فهو منه والا فهو من الاصل كالمضارب وما اشتراه أحدهما بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرنا انه يصير مستدينا على مال الشركة وصاحبه لم يأذن له بالاستدانة وليس لاحدهما أن يهب ولا أن يقرض على شريكه لان كل واحد منهما تبرع (أما) الهبة فلا شك فيها (وأما) القرض فلانه لا عوض له فى الحال فكان تبرعا فى الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه وسواء قال اعمل برأيك أو لم يقل الا ان ينص عليه بعينه لان قوله اعمل برأيك تفويض الرأى اليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو استقرض مالا لزمهما جميعاً لانه تملك مال بالعقد فكان كالصرف فيثبت فى حقه وحق شريكه ولانه ان كان الاستقراض استعارة فى الحال فهو يملك الاستعارة وان كان تملكا يملكه أيضاً وليس له أن يكاتب عبداً من تجارتهما ولا أن يعتق على مال لان الشركة تنعقد على التجارة والكتابة والاعتاق ليسا من التجارة ألا ترى انه لا يملكهما المأذون فى التجارة وسواء قال اعمل برأيك أو لا لما قلنا وليس له أن يزوج عبدا من تجارتهما فى قولهم جميعاً لانه ليس من التجارة وهو ضرر محض فلا يملكه الا باذن نصا وكذلك تزويج الامة فى قول أبى حنيفة ومحمد لانه ليس من التجارة و يجوز عند أبى يوسف والمسئلة تقدمت فى كتاب النكاح ولو أقر بدين لم يجز على صاحبه لان الاقرار حجة قاصرة فلا يصدق فى ايجاب الحق على شريكه بخلاف المفاوضة لان الجواز فى المفاوضة بحكم الكفالة لا بالاقرار وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة ولو أقر بجارية فى يده من تجارتهما انها لرجل لم يجز اقراره فى نصيب شريكه وجاز فى نصيبه لما ذكرنا ان اقرار الانسان ينفذ على نفسه لا على غيره لانه فى حق غيره شهادة وسواء كان قال له اعمل برأيك أولا لان هذا القول يفيد العموم فيما تتضمنه الشركة والشركة لم تتضمن الاقرار وما ضاع من مال الشريك فى يد أحدهما فلا ضمان عليه فى نصيب شريكه فيقبل قول كل واحد من الشريكين على صاحبه فى ضياع المال مع يمينه لانه أمين والله عز وجل أعلم وأما المفاوضة فجميع ما ذكرنا انه يجوز لاحد شريكى العنان أن يفعله وهو جائز على شريكه اذا فعله فيجوز لاحد شريكى المفاوضة أن يفعله واذا فعله فهو جائز على شريكه لان المفاوضة أعم من العنان فلما جاز لشريك العنان فجوازه للمفاوض أولى وكذا كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة لانها لما كانت أعم من العنان فهو يقتضى شروط العنان وزيادة وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة لان المفاوضة يفسدها ما لا يفسد العنان لاختصاصها بشرائط لم تشترط فى العنان وقد بينا ذلك فيما تقدم والآن نبين الاحكام المختصة بالمفاوضة التى تجوز للمفاوض ولا تجوز للشريك شركة العنان فنقول و بالله التوفيق يجوز اقرار أحد شريكى المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه و يطالب المقر له أيهما شاء لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر فيلزم المقر باقراره و يلزم شريكه بكفالته وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة كثمن المشترى فى البيع الصحيح وقيمته فى البيع الفاسد وأجرة المستأجر وما هو فى معنى التجارة كالمغصوب والخلاف فى الودائع والعوارى والاجارات والاستهلاكات وصاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ هذا بدينه وان شاء أخذ شريكه بحق الكفالة أما دين التجارة

فلانه

فلانه دين لزمه بسبب الشركة لان البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة لانه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا ان البينة تسمع فى ذلك على الشريك الذى لم يعقد لان الدين لزمه كما لزم شريكه لانه كفيل عن شريكه والبينة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل ان الامر بالبيع يتناول الصحيح والفاسد وكذا الاجرة لان الاجارة تجارة (وأما) الغصب فلان ضمانه فى معنى ضمان التجارة لان تقرر الضمان فيه يفيد ملك المضمون فكان فى معنى ضمان البيع والخلاف فى الودائع والعوارى والاجارات فى معنى الغصب لانه من باب التعدى على مال الغير بغير اذن مالكه فكان فى معنى الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب (وأما) أروش الجنايات والمهر والنفقة و بدل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤاخذ به شريكه لانه ليس بضمان التجارة ولا فى معنى ضمان التجارة أيضاً لانعدام معنى معاوضة المال بالمال رأساً و روى عن أبى يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم الا فاعله لانه ضمان جناية فأشبه ضمان الجناية على بنى آدم والجواب ماذكرنا ان ضمان الغصب وضمان الاتلاف فى غير بنى آدم ضمان معاوضة لانه ضمان يملك به المضمون عوضا عنه بخلاف ضمان الجناية على بنى آدم لانه لا يملك به المضمون فلم يوجد فيه معنى المعاوضة أصلا ولو كفل أحدهما عن انسان فان كفل عنه بمال يلزم شريكه عند أبى حنيفة وعندهما لا يلزم وان كفل بنفس لا يؤخذ بذلك شريكه فى قولهم جميعاً (وجه) قولهما ان الكفالة تبرع فلا تلزم صاحبه كالهبة والصدقة والكفالة بالنفس والدليل على انها تبرع اختصاص جوازها باهل التبرع حتى لا تجوز من الصبى والمكاتب والعبد المأذون وكذا تعتبر من الثلث اذا كان فى حال المرض والشركة لا تنعقد على التبرع ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الكفالة تقع تبرعا بابتدائها ثم تصير معاوضة بانتهائها لوجود التمليك والتملك حتى يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل اذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه فقلنا لا تصح من الصبى والمأذون والمكاتب و يعتبر من الثلث عملا بالابتداء و يلزم شريكه عملا بالانتهاء وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع اليهما جميعا حتى لو باع أحدهما شيأ من مال الشركة يطالب غير البائع منهما بتسليم المبيع كما يطالب البائع و يطالب غير البائع منهما المشترى بتسليم الثمن و يجب عليه تسليمه كالبائع ولو اشترى أحدهما شيأ يطالب الآخر بالثمن كما يطالب المشترى وله أن يقبض المبيع كما للمشترى ولو وجد المشترى منهما عيبا بالمبيع فلصاحبه أن يرده بالعيب كما للمشترى وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشترى ولو باع أحدهما سلعة من شركتهما فوجد المشترى بها عيبا فله أن يردها على أيهما شاء ولو انكر العيب فله أن يحلف البائع على البتات وشريكه على العلم ولو أقر أحدهما نفذ اقراره على نفسه وشريكه ولو باعا سلعة من شركتهما ثم وجد المشترى بها عيبا فله أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذى باعه على البتات وعلى النصف الذى باعه شريكه على العلم يمين واحدة على العلم فى قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف يحلف كل واحد منهما على البتات فيما باع و يسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم وهما جميعا فى خراج التجارة وضمانها سواء ففعل أحدهما فيها كفعلهما وقول أحدهما كقولهما وهما فى الحقيقة شخصان وفى أحكام التجارة كشخص واحد ولا حدهما أن يكاتب عبد التجارة أو يأذن له بالتجارة لان تصرف كل واحد منهما فيما يعود نفعه الى مال الشركة عام كتصرف الاب فى مال الصغير كذا روى عن محمد انه قال كلما يجوز أن يفعله الانسان فيما لا يملكه فالمفاوض فيه أجوز أمرا ومعناه أن الاب يملك كتابة عبد ابنه الصغير واذنه بالتجارة مع انه لا ملك له فيه رأسا فلأن يملك المفاوض أولى ولا يجوز له أن يعتق شيأ من عبيد التجارة على مال لانه فى معنى التبرع لانه يعتق بمجرد القول و يبقى البدل فى ذمة المفلس قد يسلم له وقد لا يسلم فكان فى معنى التبرع ولهذا لا يملكه الاب فى مال ابنه ولا يجوز له تزويج العبد لانه ضرر محض لان المهر والنفقة يتعلقان برقبته وتنقص به قيمته و يكون ولده لغيره فكان التزويج ضررا محضا فلا يملكه فى ملك غيره و يجوز له أن يزوج الامة لان تزويج الامة نفع محض لانه يستحق المهر والولد و يسقط عنه نفقتها وتصرف المفاوض نافذ فى كل ما يعود نفعه الى مال الشركة سواء

كان من باب التجارة أولا بخلاف الشريك شركة العنان فان نفاذ تصرفه يختص بالتجارة على أصل أبى حنيفة ومحمد وتزويج الامة ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ وعند أبى يوسف ينفذ كتصرف المفاوض لوجود النفع ويجوز له أن يدفع المال مضاربة لما ذكرنا فى الشريك شركة عنان انه يجوز له أن يستأجر من يعمل فى مال الشركة بمال يستحقه الاجير بيقين فالدفع مضاربة أولى لان المضارب لا يستحق الربح منها بيقين لجواز أن يحصل وأن لا يحصل ويجوز له أن يشارك شركة عنان فى قول أبى يوسف ومحمد لان شركة العنان أخص من شركة المفاوضة فكانت دونها فجاز أن تتضمنها المفاوضة كما تتضمن العنان المضاربة لانها دونها فتتبعها ولان الاب يملك ذلك فى مال ابنه فيملك المفاوض على شريكه من طريق الاولى وروى الحسن عن أبى حنيفة انه لا يجوز له ذلك لانه يوجب للشريك الثالث حقا فى مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه هذا اذا شارك رجلا شركة عنان فأما اذا فاوض جاز عليه وعلى شريكه ذكره محمد فى الاصل وقال أبو يوسف لا يجوز وكذا فى رواية الحسن عن أبى حنيفة (وجه) قول محمد أن عقد المفاوضة عام فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الآخر ولابى يوسف أن المفاوضة مثل المفاوضة والشئ لا يستتبع مثله ويجوز له أن يرهن ويرتهن على شريكه لان الرهن هو ايفاء والارتهان استيفاء وكل واحد منهما يملك الايفاء والاستيفاء فيما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضى ما اداناه أو ادانه صاحبه أو ما وجب لهما من غصب على رجل أو كفالة لان كل واحد منهما كفيل الآخر فيملك أن يستوفى حقوقه بالوكالة وما وجب على أحدهما فلصاحب الدين أن يأخذ كل واحد منهما لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارة لان الكفيل خصم فيما يدعى على المكفول عنه ويستحلف على علمه لانه يمين على فعل الغير وما اشتراه أحدهما من طعام لاهله أو كسوة أو ما لابد له منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه والقياس أن يكون المشترى مشتركا بينهما لان هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر الاعيان لكنهم استحسنوا أن يكون له خاصة للضرورة لان ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المفاوضة فاختص به المشترى لكن للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء وان وقع المشترى للذى اشتراه خاصة لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ببدل ما يجوز فيه الاشتراك الا أنهم قالوا ان الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لانه قضى دينا عليه من ماله لا على وجه التبرع لانه التزم ذلك فيرجع عليه وليس له أن يشترى جارية للوطء أو للخدمة بغير اذن الشريك لان الجارية مما يصح فيه الاشتراك ولا ضرورة تدعو الى الانفراد بملكها فصارت كسائر الاعيان بخلاف الطعام والكسوة فان ثمة ضرورة فأخرجا عن عموم الشركة للضرورة ولا ضرورة فى الجارية فبقيت داخلة تحت العموم فان اشترى ليس له أن يطأها ولا لشريكه لانها دخلت فى الشركة فكانت بينهما فهذه جارية مشتركة بين اثنين فلا يكون لاحدهما أن يطأها فان اشترى أحدهما جارية ليطأها باذن شريكه فهى له خاصة ولم يذكر فى كتاب الشركة ان الشريك يرجع عليه بشئ أولا يرجع وذكر فى الجامع الصغير الخلاف فقال عند أبى حنيفة لا يرجع عليه بشئ من الثمن وعندهما يرجع عليه بنصف الثمن (وجه) قولهما ان الحاجة الى الوطء متحققة فتلحق بالحاجة الى الطعام والكسوة فاذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد نقد ما ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه شريكه بالنصف ولابى حنيفة ان الاصل فى كل ما يحتمل الشركة اذا اشتراه أحد الشريكين أن يقع المشترى مشتركا بينهما من غير اذن جديد من الشريك بالشراء الا فيما فيه ضرورة وهو ما لا بد له منه من الطعام والكسوة ولا ضرورة فى الوطء فوقع المشترى على الشركة بالاذن الثابت بأصل العقد من غير الحاجة الى اذن آخر فلم يكن الاذن الجديد من الشريك لوقوع المشترى على الشركة لانه وقع على الشركة بدونه فكان للتمليك كأنه قال اشتر جارية بيننا وقد ملكتك نصيبى منها فكانت الهبة متعلقة بالشراء فاذا اشترى وقبض صحت الهبة كما لو قال ان قبضت مالى على فلان فقد وهبته لك فقبضه يملكه

كذا

كذا هذا واذا كان كذلك فقد نقد ثمن الواقع على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشئ فان اشترى جارية للوطء باذن شريكه فاستولدها ثم استحقت فعلى الواطئ العقر يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء (أما) وجوب العقر فلا شك فيه لان وطء ملك الغير في دار الاسلام لا يخلو عن أحد الغرامتين اما الحد واما العقر وقد تعذر ايجاب الحد لمكان الشبهة وهي صورة البيع فيجب العقر وأما ولاية الاخذ من أيهما شاء فلان هذا ضمان وجب بسبب الشراء والضمان الواجب بسبب الشراء يلزم كل واحد منهما كالثمن لان الشراء من التجارة فكان هذا ضمان التجارة بخلاف المهر في النكاح الصحيح والفاسد لانه مال وجب بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة فلا يدخل في الشركة ولو أقال أحدهما في بيع ما باعه الآخر جازت الاقالة عليهما لما ذكرنا ان الاقالة في معنى الشراء وهو يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة ولان الشريك شركة العنان يملك الاقالة فالمفاوض أولى واذا مات أحد المتفاوضين أو تفرقا لم يكن للذي لم يل المداينة أن يقبض الدين لان الشركة بطلت بموت أحدهما لانها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل لبطلان أمره بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز لاحدهما أن يقبض نصيب الآخر اذا لم يكن هو الذي تولى العقد ويجوز قبضه في نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانا (وأما) الذي ولي المداينة فله أن يقبض الجميع لانه ملك ذلك بعقد المداينة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل ولو آجر أحدهما نفسه في الخياطة أو عمل من الاعمال فالاجر بينهما نصفان وان آجر نفسه للخدمة فالاجر له خاصة لان في الفصل الاول آجر نفسه في عمل يملك أن يتقبل على نفسه وعلى صاحبه فاذا عمل فقد أوفى ما عليهما فكانت الاجرة بينهما وفي الثاني لا يملك التقبل على صاحبه بل على نفسه خاصة فكانت الاجرة له خاصة وقال أبو حنيفة اذا قضى أحدهما دينا كان عليه قبل المفاوضة فهو جائز لانه اذا قضى فقد صار المقضي دينا على القاضي أولا ثم يصير قصاصا بماله على القاضي فكان هذا تمليكا بعوض فتناوله عقد الشركة فملكه فجاز القضاء وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض الدين لما ذكرنا ان قبضه قبض مضمون لانه قبض ما للشريك أن يملكه اياه ويرجع شريكه عليه بحصته منه لانه قضى دين نفسه من مال غيره ولا تنتقض المفاوضة وان ازداد مال أحد الشريكين لان الواجب دين وزيادة مال أحد الشريكين اذا كانت دينا لا توجب بطلان المفاوضة كما لا تمنع انعقادها لما مر ان الدين لا يصلح رأس مال الشركة فاذا استرجع ذلك بطلت المفاوضة لانه ازداد له مال صالح للشركة على مال شريكه ولو رهن أمة من مال المفاوضة بخمسمائة وقيمتها ألف فماتت في يد المرتهن ذهبت بخمسمائة ولا يضمن ما بقي لان الزيادة أمانة في يد المرتهن فكان مودعا في قدر الامانة من الرهن وللمودع والمفاوض أن يودع وكذلك وصي أيتام رهن أمة لهم بأربعمائة عليه وقيمتها ألف فماتت في يد المرتهن ذهبت بأربعمائة وذلك يكون دينا للورثة على الوصي وهو أمين في الفضل وكذلك الاب يرهن أمة ابن له صغير بدين عليه لان الاب والوصي يملكان الايداع والزيادة على قدر الدين من الرهن امانة فكانت وديعة قال الحسن بن زياد قال أبو حنيفة رحمه الله لو أقرض أحد المتفاوضين مالا فأعطاه رجلا ثم أخذ به سفتجة كان ذلك جائزا عليهما ولا يضمن توى المال أو لم يتو وفي قياس قول أبي يوسف ان الذي أقرض وأخذ السفتجة يضمن حصة شريكه من ذلك وهذا فرع اختلافهم في الكفالة ان الكفيل في حكم المقرض فاذا جازت الكفالة عند أبي حنيفة جاز القرض وعند أبي يوسف لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع فكذلك القرض وقالوا في أحد المتفاوضين اذا استأجر ابلا الى مكة ليحج ويحمل عليها متاع بيته فللمؤاجر أن يطالب أيهما شاء بالاجر لان المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة ألا ترى لو أبدله من حمل متاعه لحمل عليها متاع الشركة جاز واذا دخل في الشركة كان البدل عليهما فيطالب به شريكه بحكم الكفالة وان وقع ذلك له خاصة كما لو اشترى طعاما لنفسه ان المشتري يقع له ويطالب الشريك بالثمن كذا هذا ولو آجر أحدهما عبدا له بورثه لم يكن لشريكه أن يقبض الاجارة لانها بدل مال لم يدخل في الشركة فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له بالميراث والله

عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالاعمال فأما العنان منها فلكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لان كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الاجرة لانه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الاجرة والى أيهما دفع صاحب العمل برئ لانه دفع الى من أمر بالدفع اليه وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جناية يده كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به استحسانا كذا روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم انه قال اذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعا يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك والقياس أن لا يكون له ذلك (وجه) القياس ظاهر لان هذه شركة عنان لا شركة مفاوضة وحكم الشرع فى شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر (وجه) الاستحسان ان هذه شركة ضمان فى حق وجوب العمل لان العمل الذى يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الاجر به فاذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت فى معنى المفاوضة فى حق وجوب الضمان وان لم تكن مفاوضة حقيقة حتى قالوا فى الدين اذا أقر أحدهما بثمن صابون أواشنان أوغيرهما انه لا يصدق على صاحبه اذا كان المبيع مستهلكا الا باقراره أو بالبينة كذا اذا اقر أحدهما باجر أجير أوحانوت بعد مضى هذه الاجارة وان كان المبيع لم يستهلك ومدة الاجارة لم تمض لزمهما جميعا باقراره وان جحده شريكه كما فى شركة العنان فدل انه ليس لها حكم المفاوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذى بينا خاصة وقال أبو يوسف اذا ادعى على أحدهما ثوبا عندهما فأقر به أحدهما وجحد الآخر جاز الاقرار على الآخر ويدفع الثوب ويأخذ الاجرة قال وهذا استحسان وليس بقياس لانهما ليسا بمتفاوضين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ اقراره على صاحبه فيما فى يد صاحبه كشريكى العنان فى المال اذا أقر أحدهما بثوب من شركتهما وجحد الآخر انه لا ينفذ اقراره على صاحبه فى نصيبه كذا هذا وقد روى ابن سماعة عن محمد انه أخذ بالقياس فى هذه المسئلة وقال ينفذ اقراره فى النصف الذى فى يده ولا ينفذ فى النصف الذى فى يد الشريك (ووجهه) ماذكرنا أن الشئ فى أيديهما والشركة شركة عنان وأحد شريكى العنان اذا أقر بثوب فى أيديهما لا ينفذ على صاحبه وانما استحسنا والحقناها بالمفاوضة فى حق وجوب العمل والمطالبة بالاجرة فى حق وجوب ضمان العمل فبقى الامر فيما وراء ذلك على أصل القياس (وجه) الاستحسان لابى يوسف انه لما ظهر حكم المفاوضة فى هذه الشركة فى حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل ووجب له المطالبة بكل الاجرة وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر فى محل العمل أيضا فينفذ اقراره بمحل العمل على صاحبه وان عمل أحدهما دون الآخر بان مرض أوسافر أو بطل فالاجر بينهما على ما شرطا لان الاجر فى هذه الشركة انما يستحق بضمان العمل لا بالعمل لان العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالقصار والخياط اذا استعان برجل على القصارة والخياطة انه يستحق الاجر وان لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وههنا شرط العمل عليهما فاذا عمل أحدهما يصير الشريك القابل عاملا لنفسه فى النصف ولشريكه فى النصف الآخر ويجوز شرط التفاضل فى الكسب اذا شرط التفاضل فى الضمان بان شرط الاحدهما ثلثى الكسب وهو الاجر وللآخر الثلث وشرط العمل عليهما كذلك سواء عمل الذى شرط له الفضل أولم يعمل بعد أن شرط العمل عليهما لان استحقاق الاجرة فى هذه الشركة بالضمان لا بالعمل بدليل انه لو عمل أحدهما استحق الآخر الاجر واذا كان استحقاق أصل الاجر باصل ضمان العمل لا بالعمل كان استحقاق زيادة الاجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل وحكى عن الكرخى انه علل فى هذه المسئلة فقال المنافع لا تتقوم الا بالعقد والشريك قد قومها بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليه وهذا يشير الى أن الاستحقاق بالعمل ورد عليه الجصاص وقال هذا لا يصح بدليل انه لو شرط فضل الاجر لاقلهما عملا بان شرط اثلثا الاجرة له جاز فدل

ان

أن استحقاق فضل الاجرة بفضل الضمان لا بفضل العمل ولو شرطا التفاضل فى الاجرة فجعلاها أثلاثا ولم ينسبا العمل الى نصفين فهو جائز لانهما لما شرطا التفاضل فى الكسب ولا يصح ذلك الا بشرط التفاضل فى العمل كان ذلك اشتراطا للتفاضل فى العمل تصحيحا لتصرفهما عند امكان التصحيح ولو شرطا الكسب أثلاثا وشرطا العمل نصفين لم يجز لان فضل الاجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان والربح لا يستحق الا باحد هذه الاشياء (وأما) الوضيعة فلا تكون بينهما الا على قدر الضمان حتى لو شرطا أن ما يتقبلانه فثلثاه على أحدهما بعينه وثلثه على الآخر والوضيعة بينهما نصفان كانت الوضيعة باطلة والقبالة بينهما على ما شرطا على كل واحد منهما لان الربح اذا انقسم على قدر الضمان كانت الوضيعة على قدر الضمان أيضا لانه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان فى الوضيعة فى موضع يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما وهو الشركة بالاموال حتى لا تكون الوضيعة فيها الا بقدر المال ففى موضع لا يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما فلأن لا يجوز أن تكون الوضيعة فيه الا على قدر الضمان أولى (وأما) المفاوضة منهما فما لزم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه و يطالب به من ثمن صابون أو أشنان أو أجر أجير أو حانوت و يجوز اقرار أحد الشريكين عليه وعلى شريكه بالدين وللمقر له أن يطالب به أيهما شاء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيلزم المقر باقراره والشريك بكفالته ولو ادعى على أحدهما بثوب فى أيديهما فأقر به أحدهما وجحد صاحبه يصدق على صاحبه و ينفذ اقراره عليه (وأما) الشركة بالوجوه فالعنان منها والمفاوضة فى جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريك العنان والمفاوضة فى الاموال (وأما) الشركة الفاسدة وهى التى فاتها شرط من شرائط الصحة فلا تفيد شيأ مما ذكرنا لان لأحد الشريكين أن يعمله بالشركة الصحيحة والربح فيها على قدر المالين لانه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط لان الشرط لم يصح فألحق بالعدم فبقى الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال ولا أجر لاحدهما على صاحبه عندنا وقال الشافعى له أجره فيما عمل لصاحبه وهذا غير سديد الا أنه استحق الربح بعمله فلا يستحق الاجر والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة عقد الشركة فهى انها عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ الا أن من شرط جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه أى بعلمه حتى لو فسخ بحضر من صاحبه جاز الفسخ وكذا لو كان صاحبه غائبا وعلم بالفسخ وان كان غائبا ولم يبلغه الفسخ لم يجز الفسخ ولم ينفسخ العقد لان الفسخ من غير علم صاحبه اضرار بصاحبه ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه مع ما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا فى الوكالة التى تضمنته الشركة وعلى هذا الاصل قال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شريكى العنان رجلا شركة مفاوضة انه ان كان بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وان كان بمحضر منه صحت المفاوضة لان المفاوضة مع غيره تتضمن فسخ العنان وهو لا يملك الفسخ عند غيبته و يملك عند حضرته وهل يشترط أن يكون مال الشركة عينا وقت الشركة لصحة الفسخ وهى أن يكون دراهم أو دنانير ذكر الطحاوى انه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضا وقت الفسخ لا يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة ولا رواية عن أصحابنا فى الشركة وفى المضاربة رواية وهى ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهى دراهم أو دنانير صح النهى لكن له أن يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لانهما فى الثمنية جنس واحد فكأنه لم يشتر بها شيأ وليس له أن يشترى بها عروضا وان كان رأس المال وقت النهى عروضا فلا يصح نهيه لانه يحتاج الى بيعها ليظهر الربح فكان الفسخ ابطالا لحقه فى التصرف فجعل الطحاوى الشركة بمنزلة المضاربة و بعض مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة فقال يجوز فسخ الشركة وان كان رأس المال عروضا ولا يجوز فسخ المضاربة لان مال الشركة فى يد الشريكين جميعا ولهما جميعا ولاية التصرف فيملك كل واحد منهما نهى صاحبه عينا كان المال أو عروضا فاما مال المضاربة ففى يد المضارب و ولاية التصرف له لا لرب المال فلا يملك رب المال نهيه بعد ما صار المال عروضا

﴿ فصل ﴾ وأبيان ما يبطل به عقد الشركة فما يبطل به نوعان (أحدهما) يعم الشركات كلها (والثانى) يخص البعض دون البعض اما الذى يعم الكل فانواع (منها) الفسخ من أحد الشريكين لانه عقد جائز غير لازم فكان محتملا للفسخ فاذا فسخه أحدهما عند وجود شرط الفسخ ينفسخ (ومنها) موت أحدهما أيهما مات انفسخت الشركة لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلا للوكيل علم به أو لم يعلم لانه عزل حكمى فلا يقف على العلم (ومنها) ردة أحدهما مع اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت (ومنها) جنونه جنونا مطبقا لان به يخرج الوكيل عن الولاية وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة لان الشركة تتضمن الوكالة على نحو ما فصلنا فى كتاب الوكالة (وأما) الذى يخص البعض دون البعض فانواع (منها) هلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء فى الشركة بالاموال سواء كان المالان من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط لان الدراهم والدنانير يتعينات فى الشركات فاذا هلكت فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل انبرام العقد وحصول المعقود به فيبطل العقد بخلاف ما اذا اشترى شيأ بدراهم معينة ثم هلكت الدراهم قبل القبض ان العقد لا يبطل لان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى المعاوضات و يتعينان فى الشركات ثم انما لم تتعين الدراهم والدنانير فى المعاوضات وتتعين فى الشركات لانهما جعلا ثمنين شرعا فلو تعينا فى المعاوضات لا نقلبا مثمنين اذ المثمن اسم لعين يقابلها عوض فلو تعينت الدراهم والدنانير فى المعاوضات لكان عينا يقابلها عوض فكان مثمنا فلا يكون ثمنا وفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعين وليس فى تعينها فى باب الشركة تغيير حكم الشرع لانها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض ولهذا يتعينان فى الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة أنهما لا يتعينان فى هذين العقدين وان لم يكن التعيين فيهما تغييرا لحكم الشرع وهو جعلهما مثمنين لما لا عوض لمحال يقابلهما لان كل واحد من العقدين وضع وسيلة الى الشركة والوسيلة الى الشىء حكمه حكم ذلك الشىء فجعل حكمهما فى حق المنع من تعين الدراهم والدنانير حكم الشراء فلم يتعينا بالعقد والاشارة بل يتعينان بالقبض كما فى الشراء بخلاف الشركة فانها وان وقعت وسيلة الى الشراء لكن لا بد مع هذا من سبب يوجب تعين رأس المال لما مر ولا يمكن جعل القبض معينا لرأس المال لانه لا وجه الى ايجاب القبض فيهما ليتعين رأس المال لان العمل فيهما مشروط من الشريكين وكون العمل مشروطا من رب المال يوجب أن يكون رأس المال فى يده ليمكنه العمل وكون عمل الآخر مشروطا يوجب التسليم اليه ليتمكن من العمل فلا يجب التسليم للتعارض ولا بد من سبب يوجب تعين ما تعلق به العقد وليس وراء القبض الا العقد فاذا لم يمكن ايجاب القبض جعل العقد موجبا تعينهما وان كان وسيلة الى الشراء لكن هذه الضرورة أوجبت استدراكه بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له (فاما) فى الوكالة المفردة والمضاربة فعمل رب المال ليس بمشروط بل لو شرط ذلك فى المضاربة لأوجب فسادها فأمكن جعل القبض سببا للتعيين فلا حاجة الى جعل العقد سببا فلم يوجب العقد التعين الحاقا له بالشراء ثم اذا هلك أحد المالين قبل الشراء هلك من مال صاحبه لان الهالك مال ملكه أحدهما بيقين وانه أمانة فى يد صاحبه فيهلك على صاحبه خاصة بخلاف ما اذا كان رأس المالين من جنس واحد وخلطا ثم هلك انه يهلك مشتركا لانا لا نتيقن ان الهالك مال أحدهما والله عز وجل الموفق (ومنها) فوات المساواة بين رأسى المال فى شركة المفاوضة بالمال بعد وجودها فى ابتداء العقد لان وجود المساواة بين المالين فى ابتداء العقد كما هو شرط انعقاد هذا العقد على الصحة فبقاؤها شرط بقائها منعقدة لانها مفاوضة فى الحالين فلا بد من معناها فى الحالين وعلى هذا يخرج ما اذا تفاوضا والمال مستوى ثم ورث أحدهما مالا تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير وصار ذلك فى يده انه تبطل المفاوضة لبطلان المساواة التى هى معنى العقد وان ورث عروضا لا تبطل وكذا لو ورث ديونا لا تبطل ما لم يقبض الديون لانها قبل القبض لا تصلح رأس مال الشركة وكذا لو ازداد أحد المالين على الآخر قبل الشراء بأن كان

احدهما

أحدهما دراهم والآخر دنانير فان زادت قيمة أحدهما قبل الشراء بطلت المفاوضة لما قلنا الا ان عقد الشركة يقف تمامه على الشراء فكان الموجود قبل الشراء كالموجود وقت العقد كالبيع لما كان تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل القبض كهلاكه وقت العقد والزيادة وقت العقد تمنع من الانعقاد فاذا طرأ عليه يبطله قال محمد وكذلك لو اشترى بأحد المالين ثم ازداد الآخر لان الشركة لا تتم ما لم يشتر بالمال فصار كان الزيادة كانت وقت العقد فان زاد المال المشترى فى قيمته كانت المفاوضة بحالها لان تلك الزيادة تحدث على ملكهما لانه ربح فى المال المشترى فلا يفضل أحدهما على الآخر قال محمد رحمه الله القياس اذا اشترى بأحد المالين قبل صاحبه انه تنتقض المفاوضة لان الالف التى لم يشتر بها بقيت على ملك صاحبها وقد ملك صاحبها نصف ما اشتراه الآخر فصار ماله أكثر فينبغى أن تبطل المفاوضة الا انهم استحسنوا وقالوا لا تبطل لان الذى اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن دينا فلم يفضل المال فلا تبطل المفاوضة والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب المضاربة ﴾

يحتاج فى هذا الكتاب الى معرفة جواز هذا العقد والى معرفة ركنه والى معرفة شرائط الركن والى معرفة حكمه والى معرفة صفة العقد والى معرفة ما يبطل به ومعرفة حكمه اذا بطل والى بيان حكم اختلاف رب المال والمضارب (اما) الاول فالقياس انه لا يجوز لانه استئجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول لكنا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والاجماع (اما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله والمضارب يضرب فى الارض يبتغى من فضل الله عز وجل وقوله سبحانه وتعالى فاذا قضيتم الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله وقوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم (وأما) السنة فما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال كان سيدنا العباس بن عبد المطلب اذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا ولا يشترى به دابة ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير لهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة (وأما) الاجماع فانه روى عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم انهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله ابن عمر وسيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون اجماعا وروى ان عبد الله وعبيد الله ابنى سيدنا عمر قدما العراق وأبو موسى الاشعرى أمير بها فقال لهما لو كان عندى فضل لأكرمتكما ولكن عندى مال لبيت المال أدفعه اليكما فابتاعا به متاعا واحملاه الى المدينة وبيعاه وادفعا ثمنه الى أمير المؤمنين فلما قدما المدينة قال لهما سيدنا عمر رضى الله عنه هذا مال المسلمين فاجعلا ربحه لهم فسكت عبد الله وقال عبيد الله ليس لك ذلك لو هلك منا لضمنا فقال بعض الصحابة يا أمير المؤمنين اجعلهما كالمضاربين فى المال لهما النصف ولبيت المال النصف فرضى به سيدنا عمر رضى الله عنه وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فى سائر الاعصار من غير انكار من أحد واجماع أهل كل عصر حجة فترك به القياس ونوع من القياس يدل على الجواز أيضا وهو ان الناس يحتاجون الى عقد المضاربة لان الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى الى التجارة وقد يهتدى الى التجارة لكنه لا مال له فكان فى شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ما شرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم

﴿ فصل ﴾ وأما ركن العقد فالايجاب والقبول وذلك بألفاظ تدل عليهما فالايجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة وما يؤدى معانى هذه الالفاظ بان يقول رب المال خذ هذا المال مضاربة على ان ما رزق الله عز وجل

أو أطعم الله تعالى منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء المعلومة وكذا اذا قال مقارضة أو معاملة ويقول المضارب أخذت أو رضيت أو قبلت ونحو ذلك فيتم الركن بينهما اما لفظ المضاربة فصريح مأخوذ من الضرب فى الارض وهو السير فيها سمى هذا العقد مضاربة لان المضارب يسير فى الارض ويسعى فيها لابتغاء الفضل وكذا لفظ المقارضة صريح فى عرف أهل المدينة لانهم يسمون المضاربة مقارضة كما يسمون الاجارة بيعاً ولان المقارضة مأخوذة من القرض وهو القطع سميت المضاربة مقارضة لما ان رب المال يقطع يده عن رأس المال ويجعله فى يد المضارب والمعاملة لفظ يشتمل على البيع والشراء وهذا معنى هذا العقد ولو قال خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله عز وجل من شئ فهو بيننا على كذا ولم يزد على هذا فهو جائز لانه أتى بلفظ يؤدى معنى هذا العقد والعبرة فى العقود لمعانيها لا لصور الالفاظ حتى ينعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف وينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا وذكر فى الاصل لو قال خذ هذه الالف فابتع بها متاعا فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا فقبل هذا كان مضاربة استحسانا والقياس ان لا يكون مضاربة (وجه) القياس انه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا يتحقق معنى المضاربة الا بالشراء والبيع (وجه) الاستحسان انه ذكر الفضل ولا يحصل الفضل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الابتياع ذكرا للبيع وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم يزد عليه كان مضاربة استحسانا والقياس أن لا يكون لانه لم يذكر الشراء والبيع فلا يتحقق معنى المضاربة (وجه) الاستحسان انه لما ذكر الاخذ والاخذ ليس عملا يستحق به العوض وانما يستحق بالعمل فى المأخوذ وهو الشراء والبيع فتضمن ذكره ذكر الشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال فاشتر به هرويا بالنصف أو رقيقاً بالنصف ولم يزد على هذا شيأ فاشترى كما أمره فهذا فاسد وللمشترى أجر مثل عمله فيما اشترى وليس له أن يبيع ما اشترى الا بأمر رب المال لانه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا ذكر ما يوجب ذكر البيع ليحمل على المضاربة فحمل على الاستئجار على الشراء بأجر مجهول وذلك فاسد فاذا اشترى كما أمره فالمستأجر استوفى منافعه بعقد فاسد فاستحق أجر مثل عمله وليس له أن يبيع ما اشترى من غير اذن الآمر لانه أمره بالشراء لا بالبيع فكان المشترى له فلا يجوز بيعه من غير اذنه فان باع منه شيأ لا ينفذ بيعه من غير اجازة رب المال ويضمن قيمته ان لم يقدر على عينه لانه صار متلفاً مال الغير بغير اذنه وان أجاز رب المال البيع والمتاع قائم جاز والثمن لرب المال لان عدم الجواز لحقه فاذا أجاز فقد زال المانع وكذلك لو كان لا يدرى حاله انه قائم أو هالك فأجاز لان الاصل هو بقاء المبيع حتى يعلم هلاكه وانما شرط قيام المبيع لانه شرط صحة الاجازة لما عرف ان ما لا يكون محلا لانشاء العقد عليه لا يكون محلا لاجازة العقد فيه وان علم انه هالك فالاجازة باطلة لما ذكرناه وروى بشر عن أبى يوسف فى رجل دفع الى رجل ألف درهم ليشترى بها ويبيع فما ربح فهو بينهما فهذه مضاربة ولا ضمان على المدفوع اليه المال ما لم يخالف لانه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضاربة وكذلك لو شرط عليه ان الوضيعة على وعليك فهذه مضاربة والربح بينهما والوضيعة على رب المال لان شرط الوضيعة على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى المضاربة وروى عن على بن الجعد عن أبى يوسف لو ان رجلا دفع الى رجل ألف درهم ولم يقل مضاربة ولا بضاعة ولا قرضاً ولا شركة وقال ما ربحت فهو بيننا فهذه مضاربة لان الربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الربح ذكرا للشراء والبيع وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الالف على ان لك نصف الربح أو ثلثه ولم يزد على هذا فالمضاربة جائزة قياساً واستحسانا وللمضارب ما شرط وما بقى فلرب المال والاصل فى جنس هذه المسائل ان رب المال انما يستحق الربح لانه نماء ماله لا بالشرط فلا يفتقر استحقاقه الى الشرط بدليل انه اذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا يستحق الا بالشرط لانه انما يستحق بمقابلة عمله والعمل لا يتقوم الا بالعقد اذا عرف هذا فنقول فى هذه المسئلة اذا سمى للمضارب جزأ معلوما من الربح فقد وجد فى حقه ما يفتقر الى استحقاقه الربح فيستحقه والباقى يستحقه رب المال بماله ولو قال خذ هذا المال

مضاربة على ان لى نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس ان تكون المضاربة فاسدة وهو قول الشافعي رحمه الله ولكنها جائزة استحسانا و يكون للمضارب النصف (وجه) القياس ان رب المال لم يجعل للمضارب شيأ معلوما من الربح وانما سمى لنفسه النصف فقط وتسميته لنفسه لغو لعدم الحاجة اليها فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وانما الحاجة الى التسمية فى حق المضارب ولم يوجد فلا تصح المضاربة (وجه) الاستحسان ان المضاربة تقتضى الشركة فى الربح فكان تسمية أحد النصفين لنفسه تسمية الباقى للمضارب كأنه قال خذ هذا المال مضاربة على ان لك النصف كما فى ميراث الابوين فى قوله سبحانه وتعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث لما كان ميراث الميت لابويه وقد جعل الله تعالى عز وجل للام منه الثلث كان ذلك جعل الباقى للاب كذا هذا ولو قال على ان لى نصف الربح ولك ثلثه ولم يزد على هذا فالثلث للمضارب والباقى لرب المال لما ذكرنا ان استحقاق المضارب الربح بالشرط واستحقاق رب المال لكونه من نماء ماله فاذا سلم المشروط للمضارب بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو الباقى لرب المال لكونه من نماء ماله ولو قال رب المال على ان ما رزق الله عز وجل فهو بيننا جاز ذلك وكان الربح بينهما نصفين لان البين كلمة قسمة والقسمة تقتضى المساواة اذا لم يبين فيها مقدار معلوم قال الله تعالى عز شأنه ونبئهم أن الماء قسمة بينهم وقد فهم منها التساوى فى الشرب قال الله سبحانه وتعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم هذا اذا شرط جزء من الربح فى عقد المضاربة لاحدهما اما المضارب واما رب المال وسكت عن الآخر فاما اذا شرط لهما ولغيرهما بان شرط فيه الثلث للمضارب والثلث لرب المال والثلث لثالث سواهما فان كان الثالث أجنبياً أو كان ابن المضارب وشرط عليه العمل جاز وكان الربح بينهم اثلاثا وان لم يشرط عليه العمل لم يجز وما شرط له يكون لرب المال لان الربح لا يستحق فى المضاربة من غير عمل ولا مال وصار المشروط له كالمسكوت عنه وان كان الثالث عبد المضارب فان كان عليه دين فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله ان شرط عمله لان المضارب لا يملك كسب عبده فكان كالاجنبى وان لم يشترط عمله فما شرط له فهو لرب المال لما ذكرنا فى الاجنبى وعند أبى يوسف ومحمد المشروط له يكون للمضارب لان المولى يملك كسبه عندهما كما يملك لو لم يكن عليه دين وان كان الثالث عبد رب المال فهو على هذا التفصيل أيضاً انه ان كان عليه دين فان شرط عمله فهو كالاجنبى عند أبى حنيفة لان المولى لا يملك اكسابه وان لم يشترط عمله فما شرط له فهو لرب المال لما قلنا وعندهما ما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل أو لم يعمل لان المولى يملك كسب عبده كان عليه دين أو لا فان لم يكن على العبد دين ففى عبد المضارب الثلثان للمضارب والثلث لرب المال لانه اذا لم يكن عليه دين فالملك يثبت للمولى فكان المشروط له مشروطا للمولى وصار كأنه شرط للمضارب الثلثين وفى عبد رب المال الثلث للمضارب والثلثان لرب المال لان المشروط له يكون مشروطاً لمولاه اذا لم يكن عليه دين فصار كأن رب المال شرط لنفسه الثلثين وعلى هذا قالوا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لقضاء دين المضارب والثلث لرب المال ان الثلثين للمضارب والثلث لرب المال وكذا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لرب المال والثلث لقضاء دين رب المال ان الثلثين لرب المال والثلث للمضارب لان المشروط لقضاء دين كل واحد منهما مشروط له

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فبعضها يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب و بعضها يرجع الى رأس المال و بعضها يرجع الى الربح (اما) الذى يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب فأهلية التوكيل والوكالة لان المضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل وقد ذكرنا شرائط أهلية التوكيل والوكالة فى كتاب الوكالة ولا يشترط اسلامهما فتصح المضاربة بين أهل الذمة و بين المسلم والذمى والحربى المستأمن حتى لو دخل حربى دار الاسلام بأمان فدفع ماله الى مسلم مضاربة أو دفع اليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز لان المستأمن فى دارنا بمنزلة الذمى والمضاربة مع الذمى مضاربة جائزة فكذلك مع الحربى المستأمن فان كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب بأمان فعمل بالمال فهو جائز لانه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين فصار كأنهما فى دار واحدة وان

كان المضارب هو الحربى فرجع الى داره الحربى فان كان بغير اذن رب المال بطلت المضاربة وان كان باذنه فذلك جائز و يكون على المضاربة و يكون الربح بينهما على ماشرطا ان رجع الى دار الاسلام مسلما أو معاهداً أو بأمان استحسانا والقياس ان تبطل المضاربة (وجه) القياس انه لما عاد الى دار الحرب بطل أمانه وعاد الى حكم الحرب كما كان فبطل أمر رب المال عند اختلاف الدارين فاذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه (وجه) الاستحسان انه لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه ولو دخل رب المال معه الى دار الحرب لم تبطل المضاربة فكذا اذا دخل بأمره بخلاف ما اذا دخل بغير أمره لانه لما لم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه فملك الامر به وقد قالوا فى المسلم اذا دخل دار الحرب بأمان فدفع اليه حربى مالا مضاربة بمائة درهم انه على قياس قول أبى حنيفة ومحمد جائز فان اشترى المضارب على هذا وربح أو وضع فالوضيعة على رب المال والربح على ما اشترط و يستوفى المضارب مائة درهم والباقى لرب المال وان لم يكن فى المال ربح الا مائة فهى كلها للمضارب وان كان أقل من مائة فذلك للمضارب أيضا ولا شئ للمضارب على رب المال لان رب المال لم يشترط المائة الا من الربح فاما على قول أبى يوسف فالمضاربة فاسدة وللمضارب أجر مثله وهذا فرع اختلافهم فى جواز الربا فى دار الحرب لما علم (وأما) الذى يرجع الى رأس المال فأنواع (منها) أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدنانير عند عامة العلماء فلا تجوز المضاربة بالعروض وعند مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتجوز المضاربة بالعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا فى كتاب الشركة ان ربح ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن لان العروض تتعين عند الشراء بها والمعين غير مضمون حتى لو هلكت قبل التسليم لا شئ على المضارب فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وما لا يتعين يكون مضمونا عند الشراء به حتى لو هلكت العين قبل التسليم فعلى المشترى به ضمانه فكان الربح على ما فى الذمة فيكون ربح المضمون ولان المضاربة بالعروض تؤدى الى جهالة الربح وقت القسمة لان قيمة العروض تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين والجهالة تفضى الى المنازعة والمنازعة تفضى الى الفساد وهذا لا يجوز وقد قالوا انه لو دفع اليه عروضاً فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها جاز لانه لم يضف المضاربة الى العروض وانما أضافها الى الثمن والثمن تصح به المضاربة فان باعها بمكيل أو موزون جاز البيع عند أبى حنيفة بناء على أصله فى الوكيل بالبيع مطلقاً أنه يبيع بالاثمان وغيرها الا أن المضاربة فاسدة لانها صارت مضافة الى ما لا تصح المضاربة به وهو الحنطة والشعير وأما على أصلهما فالبيع لا يجوز لان الوكيل بالبيع مطلقا لا يملك البيع بغير الاثمان ولا تفسد المضاربة لانها لم تصر مضافة الى ما لا يصلح به رأس مال المضاربة (وأما) تبر الذهب والفضة فقد جعله فى هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله فى كتاب الصرف بمنزلة الدراهم والدنانير والامر فيه موكول الى التعامل فان كان الناس يتعاملون به فهو بمنزلة الدراهم والدنانير فتجوز المضاربة به وان كانوا لا يتعاملون به فهو كالعروض فلا تجوز المضاربة به (وأما) الزيوف والنبهرجة فتجوز المضاربة بها ذكره محمد رحمه الله لانها تتعين بالعقد كالجياد (وأما) الستوقة فان كانت لا تروج فهى كالعروض وان كانت تروج فهى كالفلوس وذكر ابن سماعة عن أبى يوسف فى الدراهم التجارية لا تجوز المضاربة بها لانها كسدت عندهم وصارت سلعة قال ولو أجزت المضاربة بها أجزتها بمكة بالطعام لانهم يتبايعون بالحنطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس (وأما) الفلوس فقد ذكرنا الكلام فيها فى كتاب الشركة فالحاصل أن فى جواز المضاربة بها روايتين عن أبى حنيفة ذكر محمد فى المضاربة الكبيرة فى الجامع الصغير وقال لا تجوز المضاربة الا بالدراهم والدنانير عند أبى حنيفة وروى الحسن عنه أنها تجوز والصحيح من مذهب أبى يوسف أنها لا تجوز وعند محمد تجوز بناء على أن الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت أثمانا كالدراهم والدنانير وعند أبى حنيفة وأبى يوسف تتعين فكانت كالعروض (ومنها) أن يكون معلوما فان كان مجهولا لا تصح المضاربة لان جهالة رأس المال تؤدى الى جهالة الربح وكون الربح معلوما شرط صحة المضاربة (ومنها)

ان

أن يكون رأس المال عينا لا دينا فان كان دينا فالمضاربة فاسدة وعلى هذا يخرج ما اذا كان لرب المال على رجل دين فقال له اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف أن المضاربة فاسدة بلا خلاف فان اشترى هذا المضارب وباع له ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحال عند أبي حنيفة وعندهما ما اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته بناء على أن من وكل رجلا يشتري له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند أبي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرأ عما في ذمته عنده واذا لم يصح الامر بالشراء بما في الذمة لم تصح اضافة المضاربة الى ما في الذمة وعندهما يصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربة لان الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعروض لانه يصير في التقدير كأنه وكله بشراء العروض ثم دفعه اليه مضاربة فتصير مضاربة بالعروض فلا تصح ولو قال لرجل اقبض مالي على فلان من الدين واعمل به مضاربة جاز لان المضاربة هنا أضيفت الى المقبوض فكان رأس المال عينا لا دينا ولو أضاف المضاربة الى عين هي أمانة في يد المضارب من الدراهم والدنانير بان قال للمودع أو المستبضع اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وان أضافها الى مضمونة في يده كالدراهم والدنانير المغصوبة فقال للغاصب اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك عند أبي يوسف والحسن بن زياد وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله أن المضاربة تقتضي كون المال أمانة في يد المضارب والمغصوب مضمون في يده فلا يتحقق التصرف للمضاربة فلا يصح ولابي يوسف أن ما في يده مضمون الى ان يأخذ في العمل فاذا أخذ في العمل وهو الشراء تصير أمانة في يده فيتحقق معنى المضاربة فتصح وسواء كان رأس المال مفروزا أو مشاعا بان دفع مالا الى رجل بعضه مضاربة وبعضه غير مضاربة مشاعا في المال فالمضاربة جائزة لان الاشاعة لا تمنع من التصرف في المال فان المضارب يتمكن من التصرف في المشاع وكذا الشركة لا تمنع المضاربة فان المضارب اذا ربح يصير شريكا في المال ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربة فاذا لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء وعلى هذا يخرج ما اذا دفع الى رجل ألف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة ان ذلك جائز أما جواز المضاربة فلما قلنا وأما جواز القرض في المشاع وان كان القرض تبرعا والشياع يمنع صحة التبرع كالهبة فلان القرض ليس بتبرع مطلق لانه وان كان في الحال تبرعا لانه لا يقابله عوض للحال فهو تمليك المال بعوض في الثاني الا ترى ان الواجب فيه رد المثل لا رد العين فلم يكن تبرعا من كل وجه فلا يعمل فيه الشيوع بخلاف الهبة فانها تبرع محض فعمل الشيوع فيها واذا جاز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب لانه ربح ملكه وهو القرض ووضيعته عليه والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما شرطا لانه ربح مستفاد بمال المضاربة ووضيعته على رب المال ولا تجوز قسمة أحدهما دون صاحبه لانه مال مشترك بينهما فلا ينفرد أحد الشريكين بقسمته قالوا ولو كان قال له خذ هذه الالف على أن نصفها قرض عليك على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح لي فهذا مكروه لانه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا فان عمل على هذا فربح أو وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضيعة (أما) الربح فلان المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة في يده فكان ربحه لرب المال (وأما) الوضيعة فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضيعة على قدره ولو قال خذ هذه الالف على أن نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة فقبضها المضارب على ذلك غير مقسوم فالهبة فاسدة لانها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فان عمل في المال فربح كان نصف الربح للمضارب حصة الهبة ونصف الربح بينهما على ما شرطا والوضيعة عليهما أما نصف الربح للمضارب حصة الهبة فلانه يثبت الملك له فيه اذا قبض بعقد فاسد فكان ربحه له وأما النصف الآخر فانما يكون ربحه بينهما على الشرط لانه استفيد بمال المضاربة مضاربة صحيحة (وأما) كون الوضيعة عليهما فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فان هلك المال في يد المضارب قبل أن يعمل أو بعد ما عمل فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة لانه مقبوض بعقد فاسد فكان مضمونا عليه كالمقبوض ببيع فاسد ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربة

فقبضه المضارب على ذلك فهو جائز والمال على ماسميا من المضاربة والبضاعة والوضيعة على رب المال ونصف الربح
لرب المال ونصفه على ماشرطا لان الاشاعة لا تمنع من العمل فى المال مضاربة وبضاعة وجازت المضاربة والبضاعة
وانما كانت الوضيعة على رب المال لانه لا ضمان على المبضع والمضارب فى البضاعة والمضاربة وحصة البضاعة
من الربح لرب المال خاصة لان المبضع لا يستحق الربح وحصة المضاربة بينهما على ماشرطا لانه ربح حصل من
مال المضاربة والمضاربة قد صحت فيكون بينهما على الشرط ولو دفع اليه على أن نصفها وديعة فى يد المضارب ونصفها
مضاربة بالنصف فذلك جائز والمال فى يد المضارب على ماسميا لان كل واحد منهما أعنى الوديعة والمضاربة أمانة فلا
يتنافيان فكان نصف المال فى يد المضارب وديعة ونصفه مضاربة الا أن التصرف لا يجوز الا بعد القسمة لان كل جزء
من المال بعضه مضاربة وبعضه وديعة والتصرف فى الوديعة لا يجوز فان قسم المضارب المال نصفين ثم عمل باحد
النصفين على المضاربة فربح أو وضع فالوضيعة عليه وعلى رب المال نصفان ونصف الربح للمضارب ونصفه على
ماشرطا لان قسمة المضارب المال لم تصح لان المالك لم يأذن له فيها فاذا افرز بعضه فقد تصرف فى مال الوديعة ومال
المضاربة فما كان فى حصة الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب وما كان فى حصة المضاربة فهو على الشرط ومن
هذا الجنس ما اذا دفع الى رجل متاعا فباع نصفه من المدفوع اليه بخمسمائة ثم أمره أن يبيع النصف الباقى ويعمل بالثمن
كله مضاربة على أن مارزق الله تعالى من شئ فهو بيننا نصفان فباع المضارب نصف المتاع بخمسمائة ثم عمل بها
وبالخمسمائة التى عليه فربح فى ذلك أو وضع فالوضيعة عليهما نصفان والربح بينهما نصفان فى قياس قول أبى حنيفة رحمه
الله لان من مذهبه أن من كان له على رجل دين فأمره أن يشترى له بذلك الدين شيأ لا يصح والمشترى يكون للمأمور
لا للآمر ويكون الدين على المأمور حالة واذا كان كذلك فههنا أمران يعمل بالدين وبنصف ثمن المباع فما ربح
فى حصة الدين فهو للمدفوع اليه لانه تصرف فى ملك نفسه فيكون ربحه له وما ربح فى نصيب الدافع فهو للدافع
والوضيعة عليهما لان المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما (وأما) فى قياس قول أبى يوسف ومحمد فمقدار ما ربح
فى الخمسمائة التى أمره أن يبيع نصف المتاع بها فهو بينهما نصفان على ماشرطا وما ربح فى النصف الذى عليه من الدين
يكون لرب المال لان من أصلهما أن الامر بالشراء بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة لانه اذا اشترى صار عروضا
والمضاربة بالعروض لا تصح فصارت المضاربة ههنا جائزة فى النصف فاسدة فى النصف فالربح فى الصحيحة يكون
بينهما على الشرط وفى الفاسدة يكون لرب المال ولو شرط الدافع لنفسه الثلث وللمضارب الثلثين والمسئلة بحالها
فان فى قول أبى حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما اشترطا نصف الربح من نصيب المضارب خاصة والسدس من نصيب
الدافع كانه قال له اعمل فى نصيبك على ان الربح لك واعمل فى نصيبى على ان لك ثلث الربح من نصيبى (واما) على
قياس قولهما فقد دفع اليه نصفه مضاربة جائزة ونصفه مضاربة فاسدة فما ربح فى النصف الذى كان دينا فهو لرب المال
لانه مضاربة فاسدة وما ربح فى النصف الذى هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ماشرطا فصار لرب المال ثلثا الربح
وللمضارب الثلث وان كان شرط لرب المال ثلثى الربح وللمضارب الثلث فالربح بينهما نصفان فى قول أبى حنيفة لان
رب المال شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة من نصيب المضارب وشرط الزيادة من غير عمل ولا رأس مال
باطل فيكون الربح على قدر المال وفى قياس قولهما نصف الربح لرب المال خاصة لان المضاربة فيه فاسدة وللمضارب
ثلث ربح النصف الآخر (ومنها) تسليم رأس المال الى المضارب لانه أمانة فلا يصح الا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة
ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء يده حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة لما
قلنا فرق بين هذا وبين الشركة فانها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله والفرق أن المضاربة انعقدت على رأس مال
من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل الا بعد خروجه من يد رب المال فكان هذا شرطاً
موافقا مقتضى العقد بخلاف الشركة لانها انعقدت على العمل من الجانبين فشرط زوال يد رب المال عن العمل يناقض

مقتضى العقد وكذا لو شرط فى المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل لان شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال وأنه شرط فاسد ولو سلم رأس المال الى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل أو دفع اليه المال بضاعة جاز لان الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد لا بد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة حتى ان الاب أو الوصى اذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة لان يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتمنع التسليم وكذلك أحد شريكى المفاوضة أو العنان اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لان لشريكه فيه ملكا فيمنع التسليم (فاما) العاقد اذا لم يكن مالكا للمال فشرط أن يتصرف فى المال مع المضارب فان كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب والوصى اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا أن يعملا مع المضارب بجزء من الربح لانهما لو أخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما جاز فكذا اذا شرطا عملهما مع المضارب وصار كالاجنبى وان كان العاقد ممن لا يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله فسد العقد كالمأذون اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمله مع المضارب لان المأذون وان لم يكن مالكا لرقبة المال فيد التصرف ثابتة له عليه فينزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا من التسليم والقبض فيمنع صحة المضاربة وان شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لان المولى هو المالك للمال حقيقة فاذا حصل المال فى يده فقد وجد يد المالك فيمنع التسليم وان كان عليه دين فالمضاربة جائزة فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك هذا المال فصار كالاجنبى (وأما) المكاتب اذا شرط عمل مولاه لم تفسد المضاربة لان المولى لا يملك اكساب مكاتبه وهو فيها كالاجنبى ولو دفع الى انسان مالا مضاربة وأمره أن يعمل برأيه ودفعه المضارب الاول الى آخر مضاربة على أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال فالمضاربة فاسدة لان اليد للمضارب والملك للمولى وكل ذلك يمنع من التسليم وقد قالوا فى المضارب اذا دفع المال الى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الاولى على حالها جائزة والربح بين رب المال و بين المضارب على ما شرطا فى المضاربة الاولى ولا أجر لرب المال (أما) فساد المضاربة الثانية فلان يد رب المال يد ملك و يد الملك مع يد المضارب لا يجتمعان فلا تصح المضاربة الثانية و بقيت المضاربة الاولى على حالها ولم يذكر القدورى رحمه الله فى شرحه مختصر الكرخى خلافا وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أن هذا مذهب أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله تنفسخ المضاربة الاولى بدفع المال الى رب المال والرد عليه (وجه) قوله أن زوال يد رب المال شرط صحة المضاربة فكانت اعادة يده اليه مفسدة لها (ولنا) أن رب المال يصير معينا للمضارب والاعانة لا توجب اخراج المال عن يده فيبقى العقد الاول ولا أجر لرب المال لانه عمل فى ملك نفسه فلا يستحق الاجر (وأما) الذى يرجع الى الربح فانواع (منها) اعلام مقدار الربح لان المعقود عليه هو الربح وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد ولو دفع اليه ألف درهم عن أنهما يشتركان فى الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان لان الشركة تقتضى المساواة قال الله تعالى عز شأنه وهم شركاء فى الثلث ولو قال على أن للمضارب شركا فى الربح جاز فى قول أبى يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربة فاسدة (وجه) قول محمد أن الشركة هى النصيب قال الله تعالى أم لهم شرك فى السموات أى نصيب وقال تعالى وما لهم فيهما من شرك أى نصيب فقد جعل له نصيباً من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولا (وجه) قول أبى يوسف أن الشرك بمعنى الشركة يقال شركته فى هذا الامر اشركه شركة وشركا قال القائل

وشاركنا قريشاً فى بقاها * وفى أحسابها شرك العنان

ويذكر بمعنى النصيب أيضا لكن فى الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها (ومنها) أن يكون المشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزأ شائعاً نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً فان شرطا عددا مقدرا بان

شرطاأن يكون لاحدهما مائة درهم من الربح أوأقل أوأكثر والباقى للآخر لايجوز والمضاربة فاسدة لان المضاربة نوع من الشركة وهى الشركة فى الربح وهذا شرط يوجب قطع الشركة فى الربح لجواز أن لا يربح المضارب الا هذا القدر المذكور فيكون ذلك لاحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة وكذلك ان شرطا أن يكون لاحدهما النصف أوالثلث ومائة درهم أوقالا الا مائة درهم فانه لايجوز كماذكرنا أنه شرط يقطع الشركة فى الربح لانه اذا شرطا لاحدهما النصف ومائة فمن الجائز أن يكون الربح مائتين فيكون كل الربح للمشروط له واذا شرط له النصف الا مائة فمن الجائز أن يكون نصف الربح مائة فلا يكون له شئ من الربح ولو شرطا فى العقد أن تكون الوضيعة عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة والاصل فى الشرط الفاسد اذا دخل فى هذا العقد أنه ينظر ان كان يؤدى الى جهالة الربح يوجب فساد العقد لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد وان كان لا يؤدى الى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة وشرط الوضيعة عليهما شرط فاسد لان الوضيعة جزء هالك من المال فلا يكون الا على رب المال لانه يؤدى الى جهالة الربح فلا يؤثر فى العقد فلا يفسد به العقد ولان هذا عقد تقف صحته على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذى لا يرجع الى المعقود عليه كالهبة والرهن ولانها وكالة والشرط الفاسد لا يعمل فى الوكالة وذكر محمد فى المضاربة اذا قال رب المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم فى كل شهر ماعملت فى المضاربة صحت المضاربة من الثلث وبطل الشرط وذكر فى المزارعة اذا دفع اليه أرضه بثلث الخارج وجعل له عشرة دراهم فى كل شهر فالمزارعة باطلة من أصحابنا من قال فى المسئلة روايتان رواية كتاب المزارعة تقتضى فساد المضاربة لان المشروط للمضارب من المشاهرة معقود عليه وهو قطع عنه الشركة وهذا يفسد المضاربة وفى رواية كتاب المضاربة يقتضى أن تصح المضاربة لانه عقد على ربح معلوم ثم الحق به شرطا فاسدا فيبطل الشرط وتصح المضاربة والصحيح هو الفرق بين المسئلتين لان معنى الاجارة فى المزارعة أظهر منه فى المضاربة بدليل أنها لا تصح الا بمدة معلومة والمضاربة لا تفتقر صحتها الى ذكر المدة فالشرط الفاسد جاز أن يؤثر فى المزارعة ولا يؤثر فى المضاربة وعلى هذا الاصل قال محمد فيمن دفع ألفا مضاربة على أن الربح بينهما نصفين على أن يدفع اليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو دارا ليسكنها سنة فالشرط باطل والمضاربة صحيحة لانه الحق بها شرطا فاسدا لا تقتضيه فبطل الشرط ولو كان المضارب هو الذى شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره الى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وعن أجرة الدار والارض فصارت حصة العمل مجهولة بالعقد فلم يصح العقد وروى المعلى عن أبى يوسف فى رجل دفع مالا الى رجل مضاربة على أن يبيع فى دار رب المال أو على أن يبيع فى دار المضارب كان جائزا ولو شرطا أن يسكن المضارب دار رب المال أو رب المال دار المضارب فهذا لا يجوز لانه اذا شرط البيع فى أحد الدارين فانما خص البيع بمكان دون مكان ولم يعقد على منافع الدار واذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل تلك المنفعة أجرة له وأطلق أبو يوسف أنه لا يجوز ولم يذكر انه لا يجوز الشرط أو لا تجوز المضاربة وذكر القدورى رحمه الله أنه ينبغى أن يكون الفساد فى الشرط لا فى المضاربة ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله هى مضاربة فاسدة وله أجرة مثل ما اذا عمل (وجه) قوله أن المضاربة عقد شركة فى الربح فشرط قطع الشركة فيها يكون شرطا فاسدا (ولنا) أنه اذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصحح قرضا لانه أتى بمعنى القرض والعبرة فى العقود لمعانيها وعلى هذا اذا شرط جميع الربح لرب المال فهو ابضاع عندنا لوجود معنى الابضاع

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم المضاربة فالمضاربة لا تخلو اما أن تكون صحيحة أو فاسدة ولكل واحد منهما أحكام أما أحكام الصحيحة فكثيرة بعضها يرجع الى حال المضارب فى عقد المضاربة وبعضها يرجع الى عمل المضارب مما لكل واحد منهما أن يعمله وما ليس له أن يعمله وبعضه يرجع الى ما يستحقه المضارب بالعمل وما يستحقه رب

المال

المال بالمال (أما) الذى يرجع الى حال المضارب فى عقد المضاربة فهو أن رأس المال قبل أن يشترى المضارب به شيأ أمانة فى يده بمنزلة الوديعة لانه قبضه باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فاذا اشترى به شيأ صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع لانه تصرف فى مال الغير بامره وهو معنى الوكيل فيكون شراؤه على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فى مثله كالوكيل بالشراء وبيعه على الاختلاف المعروف فى الوكيل بالبيع المطلق ولو اشترى شراء فاسدا يملك اذا قبض لا يكون مخالفا ويكون الشراء على المضاربة وكذا اذا باع شيأ من مال المضاربة بيعا فاسدا لا يصير مخالفا ولا يضمن لان المضاربة توكيل والوكيل بالشراء والبيع مطلقا يملك الصحيح والفاسد فلا يصير مخالفا فاذا ظهر فى المال ربح صار شريكا فيه بقدر حصته من الربح لانه ملك جزأ من المال المشروط بعمله والباقى لرب المال لانه نماء ماله فاذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الاجير لرب المال فاذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب ويصير المال مضمونا عليه ويكون ربح المال كله بعدما صار مضمونا عليه له لان الربح بالضمان لكنه لا يطيب له فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله يطيب له وهو على اختلافهم فى الغاصب والمودع اذا تصرفا فى المغصوب والوديعة وربحا ولو أراد رب المال أن يجعل المال مضمونا على المضارب فالحيلة فى ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفعه الى المستقرض فيستعين به فى العمل حتى لو هلك فى يده كان القرض عليه واذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على الشرط وحيلة أخرى أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب الا درهما واحدا ويسلمه اليه ويشهد على ذلك ثم انهما يشتركان فى ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعملا جميعا وشرطا أن يكون الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة فى المال فان هلك المال فى يده كان القرض على حاله ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط (وأما) الذى يرجع الى عمل المضارب مما له أن يعمله بالعقد وما ليس له أن يعمل به فجملة الكلام فيه أن المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله والمقيدة أن يعين شيأ من ذلك وتصرف المضارب فى كل واحد من النوعين ينقسم أربعة أقسام قسم منه للمضارب أن يعمله من غير الحاجة الى التنصيص عليه ولا الى قول اعمل برأيك فيه وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولو قيل له اعمل فيه برأيك الا بالتنصيص عليه وقسم منه ما له أن يعمله اذا قيل له اعمل فيه برأيك وان لم ينص عليه وقسم منه ما ليس له أن يعمله رأسا وان نص عليه (وأما) القسم الذى للمضارب أن يعمله من غير التنصيص عليه ولا قول اعمل برأيك كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيد وهى ما اذا قال له خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا أو قال خذ هذا المال مضاربة على كذا فله أن يشترى به ويبيع لانه أمره بعمل هو سبب حصول الربح وهو الشراء والبيع وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع الا أن شراءه يقع على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمة المشترى أو بأقل من ذلك مما يتغابن الناس فى مثله لانه وكيل وشراء الوكيل يقع على المعروف فان اشترى بما لا يتغابن الناس فى مثله كان مشتريا لنفسه لا على المضاربة بمنزلة الوكيل بالشراء (وأما) بيعه فعلى الاختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رضى الله تعالى عنهم فى التوكيل بمطلق البيع أنه يملك البيع نقدا ونسيئة وبغبن فاحش فى قول أبى حنيفة رحمه الله فالمضارب أولى لان المضاربة أعم من الوكالة وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة ولا بما لا يتغابن الناس فى مثله وهى من مسائل كتاب الوكالة وله أن يشترى ما بدا له من سائر أنواع التجارات فى سائر الامكنة مع سائر الناس لاطلاق العقد وله أن يدفع المال بضاعة لان الابضاع من عادة التجار ولان المقصود من هذا العقد هو الربح والابضاع طريق الى ذلك ولانه يملك الاستئجار فالابضاع أولى لان الاستئجار استعمال فى المال بعوض والابضاع استعمال فيه بغير عوض فكان أولى وله أن يودع لان الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة وله أن

يستأجر من يعمل فى المال لانه من عادة التجار وضرورات التجارة أيضا لان الانسان قد لا يتمكن من جميع الاعمال بنفسه فيحتاج الى الاجير وله أن يستأجر البيوت ليجعل المال فيها لانه لا يقدر على حفظ المال الا به وله أن يستأجر السفن والدواب للحمل لان الحمل من مكان الى مكان طريق يحصل الربح ولا يمكنه النقل بنفسه وله أن يوكل بالشراء والبيع لان التوكيل من عادة التجار ولانه طريق الوصول الى المقصود وهو الربح فكان بسبيل منه كالشريك ولان المضاربة أعم من الوكالة ويجوز أن يستفاد بالشئ ما هو دونه بخلاف الوكالة المفردة أن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمطلق الوكالة الا اذا قيل له اعمل برأيك لان المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح بل ادخال المبيع فى ملكه وكذا الوكالة الثانية مثل الاولى والشئ لا يستتبع مثله وكل ما للمضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل فيه غيره وكل ما لا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على رب المال لانه لما لم يملك أن يعمل بنفسه فبوكيله أولى وله أن يرهن بدين عليه فى المضاربة من مال المضاربة وأن يرتهن بدين له منها على رجل لان الرهن بالدين والارتهان من باب الايفاء والاستيفاء وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان وليس له أن يرهن بعد نهى رب المال عن العمل ولا بعد موته لان المضاربة تبطل بالنهى والموت الا فى تصرف ينضر به رأس المال والرهن ليس تصرفا ينضر به رأس المال فلا يملكه المضارب ولو باع شيأ وأخر الثمن جاز لان التأخير للثمن عادة التجار وأما على أصل أبى حنيفة عليه الرحمه فلان الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن فالمضارب أولى لان تصرفه أعم من تصرف الوكيل الا أن الوكيل بالبيع اذا أخر الثمن يضمن عندهما والمضارب لا يضمن لان المضارب يملك أن يستقبل ثم يبيع نسيئة فيملك التأخير ابتداء فلم يضمن فأما الوكيل فلا يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة فاذا أخر ضمن (وأما) عند أبى يوسف فانما جاز تأخير المضارب دون الوكيل لهذا المعنى أيضا وهو أن المضارب يملك أن يشترى السلعة أو يستقيل فيها ثم يبيعها نساء فيملك تأخير ثمنها والوكيل لا يملك ذلك وله أن يحتال بالثمن على رجل موسرا كان المحتال عليه أو معسرا لان الحوالة من عادة التجار لان الوصول الى الدين قد يكون أيسر من ذمة المحال عليه منه من ذمة المحيل بخلاف الوصى اذا احتال بمال اليتيم ان ذلك ان كان أصلح جاز والا فلا لان تصرف الوصى فى مال اليتيم مبنى على النظر وتصرف المضارب مبنى على عادة التجار قال محمد وله أن يستأجر أرضا بيضاء ويشترى ببعض المال طعاما فيزرعه فيها وكذلك له أن يقبلها ليغرس فيها نخلا أو شجرا أو رطبا فذلك كله جائز والربح على ما شرطا لان الاستئجار من التجارة لانه طريق حصول الربح وكذا هو من عادة التجار فيملكه المضارب وللمضارب أن لا يسافر بالمال لان المقصود من هذا العقد استنماء المال وهذا المقصود بالسفر أوفر ولان العقد صدر مطلقا عن المكان فيجرى على اطلاقه ولان مأخذ الاسم دليل عليه لان المضاربة مشتقة من الضرب فى الارض وهو السير قال الله تبارك وتعالى وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله ولانه طلب الفضل وقد قال الله تعالى عز شأنه وابتغوا من فضل الله وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف فى رواية محمد عنه وفى رواية أصحاب الاملاء عنه ليس له أن يسافر وروى عنه انه فرق بين الذى يثبت فى وطنه وبين الذى لا يثبت وبين ماله حمل ومؤنة وبين ما لا حمل له ولا مؤنة فى الشركة فالمضارب على ذلك وقد ذكرنا وجه كل واحد من ذلك فى كتاب الشركة وقد قال أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله انه اذا دفع اليه المال بالكوفة وهما من أهلها فان أبا حنيفة قال ليس له أن يسافر بالمال ولو كان الدفع فى مصر آخر غير الكوفة فللمضارب أن يخرج به حيث شاء وقد ذكرنا وجه الرواية المشهورة فى كتاب الشركة (واما) وجه رواية أبى يوسف عنه فهو ان المسافرة بالمال مخاطرة به فلا يجوز الا باذن رب المال نصا أو دلالة فاذا دفع المال اليه فى بلدهما فلم يأذن له بالسفر نصا ولا دلالة لم يكن له أن يسافر واذا دفع اليه فى غير بلدهما فقد وجد دلالة الاذن بالرجوع الى الوطن لان العادة ان الانسان لا يأخذ المال مضاربة ويترك بلده فكان دفع المال فى غير بلدهما رضا بالرجوع الى الوطن فكان اذنا دلالة وله أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة فى ظاهر الرواية لان الاذن بالتجارة

من التجارة ومن عادة التجار أيضا وروى ابن رستم عن محمد انه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة لان الاذن بالتجارة أعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه وله أن يبيعهم اذا لحقهم دين سواء كان المولى حاضراً أو غائباً لان البيع فى الدين من التجارة فلا يقف على حضور المولى ولو جنى عبد المضاربة بأن قتل انسانا خطأ وقيمته مثل مال المضارب بأن كان رأس المال الف درهم فاشترى بها عبداً قيمته الف فقتل انسانا خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء لان الدفع أو الفداء ليس من التجارة ولا ملك أيضا للمضارب فى رقبته لانعدام الفعل والتدبير فى جنايته الى رب المال لان رقبته خالص ملكه ولا ملك للمضارب فيها بخلاف عبد المأذون اذا جنى انه يخاطب المأذون بالدفع أو الفداء مع غيبة المولى لان العبد المأذون فى التصرف كالحر لانه يتصرف لنفسه كالحر بدليل انه لا يرجع بالعهدة على المولى ولو كان متصرفا للمولى لرجع بالعهدة عليه فلما لم يرجع دل انه يتصرف لنفسه وانما يظهر حق المولى فى كسبه عند فراغه عن حاجته فاذا تعلقت الجناية برقبته صارت مشغولة فلا يظهر حق المولى فيخاطب بالدفع كالحر (فأما) المضارب فانه وكيل رب المال فى التصرف حتى يرجع بالعهدة عليه والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية فهو الفرق بين المسئلتين فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء فله ذلك لانه بالفداء يستبقى مال المضاربة وله فيه فائدة فى الجملة لتوهم الربح ولو دفع رب المال او فدى خرج العبد من المضاربة (أما) اذا دفع فلا شك فيه لان بالدفع زال ملكه لا الى بدل فصار كانه هلك واذا فدى فقد لزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربة ولان اختيار الفداء دليل رغبته فى عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الربح لان ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد ألفين فجنى جناية خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء اذا كان رب المال غائبا لما قلنا وليس لاصحاب الجناية على المضارب ولا على الغلام سبيل الا أن لهم أن يستوثقوا من الغلام بكفيل الى أن يقدم المولى وكذا لا يخاطب المولى بالدفع أو الفداء اذا كان المضارب غائبا وليس لاحدهما أن يفدى حتى يحضرا جميعا فان فدى كان متطوعا بالفداء فاذا حضرا دفعا أو فديا فان دفعا فليس لهما شئ وان فديا كان الفداء عليهما أرباعا وخرج العبد من المضاربة وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية (وجه) قوله ان نصيب المضارب لم يتعين فى الربح لعدم تعين رأس المال لان التعيين بالقسمة ولم توجد فبقى المال على حكم ملك رب المال فكان هو المخاطب بحكم الجناية فلا يشترط حضور المضارب (ولهما) انه اذا كان فى المضاربة فضل كان للمضارب ملك فى العبد ولهذا لو أعتقه نفذ اعتاقه فى نصيبه واذا كان له نصيب فى العبد كان فداء نصيبه عليه فلا بد من حضوره (وأما) قوله ان حقه لم يتعين فى الربح لعدم تعيين رأس المال فممنوع بل تعين ضرورة لزوم الفداء فى نصيبه ولا يلزم الا بتعيين حقه ولا يتعين حقه الا بتعيين رأس المال ولا يتعين رأس المال الا بالقسمة فثبتت القسمة ضرورة فان اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء فلهما ذلك لان كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك غيران فى العبد المشترك اذا حضر أحد الشريكين وغاب الآخر يخاطب الآخر بحكم الجناية من الدفع أو الفداء وههنا لا يخاطب واحد منهما ما لم يحضرا جميعا لان تصرف أحدهما يتضمن قسمه لان المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو الفداء والقسمة لا تصح الا بحضرتهما والدفع أو الفداء من أحد الشريكين لا يتضمن قسمة ولا حكما فى حق الشريك الآخر فلا يقف على حضوره وهذا بخلاف العبد المرهون اذا كانت قيمته أكثر من الدين فجنى جناية خطأ انه يخاطب الراهن والمرتهن بحكم الجناية فان اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء لم يكن لهما ذلك ويلزمهما أن يجتمعا على أحد الامرين لان الملك هناك واحد فاختلاف اختيارهما يوجب تبعيض موجب الجناية فى حق مالك واحد وهذا لا يجوز كالعبد الذى ليس برهن وهنا مالك العبد اثنان فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعيض موجب الجناية فى حق مالك واحد وقد قالوا اذا غاب أحدهما وادعيت الجناية على العبد لم تسمع البينة حتى يحضر الا ان كل واحد منهما له حق العبد فكان التدبير فى الجناية اليهما فلا يجوز سماع البينة على أحدهما مع غيبة الآخر وانما أخذ بالعبد كفيل لانه لا يؤمن عليه أن يغيب فيسقط

حق ولى الجناية لان حقه تعلق برقبته فكان له أن يستوثق حقه بكفيل وحقوق العقد فى الشراء والبيع ترجع الى المضارب لا الى رب المال لان المضارب هو العاقد فهو الذى يطالب بتسليم المبيع و يطالب بتسليم الثمن و يقبض المبيع والثمن و يرد بالعيب و يرد عليه و يخاصم و يخاصم لما قلنا ولو اشترى المضارب عبدا معيبا قد علم رب المال بعيبه ولم يعلم به المضارب فللمضارب أن يرده ولو كان علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم يكن للمضارب أن يرده لان حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا برب المال فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال ولو اشترى عبدا فظهر به عيب فقال رب المال بعد الشراء رضيت بهذا العبد بطل الرد لان الملك لرب المال فاذا رضى به فقد أبطل حق نفسه ولو أن رب المال دفع اليه ألف درهم مضاربة على أن يشترى بها عبد فلان بعينه ثم يبيعه فاشتراه المضارب و لم يره فليس له أن يرده بخيار الرؤية ولا بخيار العيب لان أمره بالشراء بعد العلم رضا منه بذلك العيب فكانه قال بعد الشراء قد رضيت بخلاف ما اذا أمره بشراء عبد غير معين لانه لا يعلم انه يشترى العبد المعيب لا محالة حتى يكون علمه دلالة الرضا به وهل له أن يأخذ بالشفعة فى دار اشتراها أجنبى الى جنب دار المضارب أو باع رب المال دار النفسه والمضارب شفيعها بدار أخرى من المضاربة ففيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى ولو دفع المال الى رجلين مضاربة فليس لاحدهما أن يبيع و يشترى بغير اذن صاحبه ولا يعمل أحدهما شيأ مما للمضارب الواحد أن يعمله سواء قال لهما اعملا برأيكما أو لم يقل لانه رضى برأيهما ولم يرض برأى أحدهما فصارا كالوكيلين واذا أذن له الشريك فى شئ من ذلك جاز فى قولهم جميعا لانه لما أذن له فقد اجتمع رأيهما فصار كأنهما عقدا جميعا (وأما) القسم الذى ليس للمضارب أن يعمله الا بالتنصيص عليه فى المضاربة المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يجز على رب المال و يكون دينا على المضارب فى ماله لان الاستدانة اثبات زيادة فى رأس المال من غير رضا رب المال بل فيه اثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه لان ثمن المشترى برأس المال فى باب المضاربة مضمون على رب المال بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك المشترى قبل التسليم فان المضارب يرجع الى رب المال بمثله فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لألزمناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز ثم الاستدانة هى أن يشترى المضارب شيأ بثمن دين ليس فى يده من جنسه حتى انه لو لم يكن فى يده شىء من رأس المال من الدراهم والدنانير بأن كان اشترى برأس المال سلعة ثم اشترى شيأ بالدراهم أو الدنانير لم يجز على المضاربة وكان المشترى له عليه ثمنه من ماله لانه اشترى بثمن ليس فى يده من جنسه فكان مستدينا على المضاربة فلم تجز على رب المال وجاز عليه لان الشراء وجد نفاذا عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وسواء كان اشترى بثمن حال أو مؤجل لانه لما اشترى بما ليس فى يده من جنسه صار مستدينا على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولو كان ما فى يد المضارب من العبد أو العرض يساوى رأس المال أو أكثر فاشترى شيأ للمضاربة بالدراهم والدنانير ليبيع العرض و يؤدى ثمنه منها لم يجز سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا لما ذكرنا انه استدانة ولو باع ما فى يده من العرض بالدراهم والدنانير وحصل ذلك فى يده قبل حل الاجل لم ينتفع بذلك لانه لما خالف فى حالة الشراء لزمه الثمن وصارت السلعة له لانه لم يملك الشراء للمضاربة فوقع العقد له فلا يصير بعد ذلك للمضاربة وكذا اذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له أن يشترى بأكثر من رأس المال الذى فى يده لان الزيادة تكون دينا وليس فى يده من مال المضاربة ما يؤديه حتى لو اشترى سلعة بألفى درهم ومال المضاربة ألف كانت حصة الالف من السلعة المشتراة للمضاربة وحصة ما زاد على الالف للمضارب خاصة له ربح ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين عليه فى ماله لانه يملك الشراء بالالف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة و يملك الشراء لنفسه فوقع له وكذا اذا قبض المضارب رأس المال وهو قائم فى يده فليس له أن يشترى للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من المكيل والموزون والمعدود والثوب الموصوف المؤجل اذا لم يكن فى يده شىء من ذلك لان الشراء بغير المال يكون استدانة على المال ولو كان فى يده من مال المضاربة مكيل أو موزون فاشترى ثوبا أو عبدا بمكيل أو

موزون موصوف فى الذمة كان المشترى للمضارب لان فى يده من جنسه فلم يكن استدانة ولوكان فى يده دراهم فاشترى سلعة بدراهم نسيئة لم يكن استدانة لان فى يده من جنسه ولوكان فى يده دراهم فاشترى بدنانير أوكان فى يده دنانير فاشترى بدراهم فالقياس أن لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفى الاستحسان يجوز (وجه) القياس ان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بما ليس فى يده من جنسه فيكون استدانة كما لو اشترى بالعروض (وجه) الاستحسان ان الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد لانهما أثمان الاشياء بهما تقدر النفقات وأروش الجنايات وقيمة المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد منهما الى الآخر فكانا بمنزلة شىء واحد فكان مشتريا بثمن فى يده من جنسه وكذلك لو اشترى بثمن هو من جنس رأس المال لكنه يخالفه فى الصفة بان اشترى بدراهم بيض ورأس المال دراهم سود أو اشترى بصحاح ورأس المال غلة أو اشترى بدراهم سود ورأس المال دراهم بيض أو اشترى بدراهم غلة ورأس المال صحاح فذلك جائز على المضاربة وقال زفر لا يجوز شىء من ذلك على المضاربة ويكون استدانة ويجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس وقال محمد ان اشترى بما صفته انقص من صفة رأس المال جاز وهذا يشير الى أنه لو اشترى بما صفته أزيد من صفة رأس المال انه لا يجوز على المضاربة (ووجهه) انه اذا اشترى بما صفته أنقص من صفة رأس المال كان فى يده ذلك القدر الذى اشترى به ذلك القدر وزيادة فجاز واذا اشترى بما صفته أكمل لم يكن فى يده القدر الذى اشترى به فلا يجوز على المضارب والصحيح قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لانه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف الصفة أولى لان تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس ولوكان رأس المال الف درهم فاشترى سلعة بالف أو بدنانير أو بفلوس قيمة ذلك الف لا يملك أن يشترى بعد ذلك على الف المضاربة شيأ بالف أخرى أو غير ذلك لان مال المضاربة كان مستحقا بالثمن الاول فلو اشترى بعد ذلك لصار مستدينا على مال المضاربة فلا يملك ذلك فان اشترى عليها أولا عبدا بخمسمائة لا يملك بعد ذلك أن يشترى الا بقدر خمسمائة لان الخمسمائة خرجت من المضاربة وكذلك كل دين يلحق رأس المال لان ذلك صار مستحقا من رأس المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة فاذا اشترى باكثر مما بقى صار مستدينا على مال المضاربة فلا يصح ولو باع المضارب واشترى وتصرف فى مال المضاربة فحصل فى يده صنوف من الاموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الاموال ولم يكن فى يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس فليس له أن يشترى متاعا بثمن ليس فى يده مثله من جنسه وصفته وقدره بان اشترى عبدا بكر حنطة موصوفة فان اشترى بكر حنطة وسط وفى يده الوسط أو بكر حنطة جيدة وفى يده جاز وان كان فى يده أجود مما اشترى به أو أدون لم يكن للمضاربة وكان للمضارب لانه اذا لم يكن فى يده مثل الثمن صار مستدينا على المضاربة فلا يجوز وليس اختلاف الصفة هنا كاختلاف الصفة فى الدراهم لان اختلاف الجنس هناك بين الدراهم والدنانير لا يمنع الجواز فاختلاف الصفة أولى لانه دونه واختلاف الجنس هنا يمنع الجواز فكذا اختلاف الصفة ثم فى جميع ما ذكرنا أنه لا يجوز من المضارب الاستدانة على رب المال يستوى فيه ما اذا قال رب المال اعمل برأيك أو لم يقل لان قوله اعمل برأيك تفويض اليه فيما هو من المضاربة والاستدانة لم تدخل فى عقد المضاربة فلا يملكها المضارب الا باذن رب المال بها نصا ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثيابا ثم استأجر على حملها أو على قصارتها أو نقلها كان متطوعا فى ذلك كله لانه اذا لم يبق فى يده شىء من رأس المال صار بالاستئجار مستدينا على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقدا لنفسه متطوعا فى مال الغير كما لو حمل متاعا لغيره أو قصر ثيابا للغيره بغير أمره وقال محمد وكذلك اذا صبغها سودا من ماله فنقصها ذلك لان الاستدانة لا تجوز ولا يصير شريكا بالسواد لانه لم يوجب فى العين زيادة بل أوجب نقصانا فيها ولا يضمن بفعله سواء قال له اعمل برأيك أو لم يقل لانه مأذون فيه بعقد المضاربة بدليل أنه لو كان فى يده فضل فصبغ الثياب به سودا

فنقصها ذلك لم يضمن وكذلك اذا صبغها بمال نفسه ولو صبغ المتاع بعصفر أو زعفران أو صبغ يزيد فيها وليس في يده من مال المضاربة شيء فان كان لم يقل اعمل برأيك فهو ضامن و رب المال بالخيار ان شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وسلم اليه المتاع وان شاء ترك المتاع حتى يباع فيتصرف فيه رب المال بقيمته أبيض وتصرف المضارب بما زاد الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم فما أصاب المتاع فهو مال المضاربة وما زاد الصبغ فللمضارب خاصة لان الصبغ استدانة على المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ من غير المضاربة والمضارب اذا خلط مال نفسه بمال المضاربة ولم يقل له اعمل برأيك يضمن وصار كأجنبي خلط المال ولو صبغ الثياب أجنبي كان للمالك الخيار ان شاء ضمنه قيمتها وان شاء تركها على الشركة وتضار بأثمنها على الشركة كذا هذا وان كان قال له اعمل برأيك فلا ضمان عليه لانه اذا قال ذلك فله أن يخلط مال نفسه بمال المضاربة والصبغ على ملكه فلا يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما فاذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض فما أصاب ذلك كان في المضاربة وما اصاب الصبغ كان للمضارب واذا أذن للمضارب أن يستدين على مال المضاربة جازله الاستدانة وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان المشترى بينهما نصفين لانه لا يمكن أن يجعل المشترى بالدين مضاربة لان المضاربة لا تجوز الا في مال عين فتجعل شركة وجوه و يكون المشترى بينهما نصفين لان مطلق الشركة يقتضي التساوي وسواء كان الربح بينهما في المضاربة نصفين أو أثلاثا لان هذه شركة على حدة فلا يبنى على حكم المضاربة وقد بينا في كتاب الشركة أنه لا يجوز التفاضل في الربح في شركة الوجوه الا بشرط التفاضل في الضمان فان شرطا التفاضل في الضمان كان الربح كذلك وان أطلقا كان المشترى نصفين لا يجوز فيه التفاضل في الربح واذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن ديناً عليهما من غير مضاربة فلا يملك المضارب أن يرهن به مال المضاربة الا باذن رب المال فان أذن له ان يرهن بجميع الثمن فقد أعاره نصف الرهن ليرهن بدينه وان هلك صار مضمونا عليه وليس له أن يقرض مال المضاربة لان القرض تبرع في الحال اذ لا يقابله عوض للحال وانما يصير مبادلة في الثاني ومال الغير لا يحتمل التبرع وكذلك الهبة والصدقة لان كل واحد منهما تبرع ولا يأخذ سفتجة لان أخذها استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذا لا يعطى سفتجة لان اعطاء السفتجة اقراض وهو لا يملك الاقراض الا بالتنصيص عليه هكذا قال محمد عن أبي حنيفة أنه قال ليس له أن يقرض ولا أن يأخذ سفتجة حتى يأمره بذلك بعينه فيقول له خذ السفاتج وأقرض ان أحببت فاما اذا قال له اعمل في ذلك برأيك فانما هذا على البيع والشراء والشركة والمضاربة وخلط المال وهذا قول أبي يوسف وقولنا لما ذكرنا ان قوله اعمل في ذلك برأيك تفويض الرأي اليه في المضاربة والتبرع ليس من عمل المضاربة وكذا الاستدانة بل هي عند الاذن شركة وجوه وهي عقد آخر وراء المضاربة وهو انما فوض اليه الرأي في المفاوضة خاصة لا في عقد آخر لا تعلق له بها فلا يدخل في ذلك وليس أن يشترى بما لا يتغابن الناس في مثله وان قال له اعمل برأيك ولو اشترى يصير مخالفا لان المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء مطلقا ينصرف الى المتعارف وهو أن يكون بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس في مثله ولان الشراء بما لا يتغابن في مثله محاباة والمحاباة تبرع والتبرع لا يدخل في عقد المضاربة وليس له ان يعتق على مال لانه ازالة الملك عن الرقبة بدين في ذمة المفلس فكان في معنى التبرع ولأنه ليس بتجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال وهذا مبادلة العتق بالمال وليس له أن يكاتب لان الكتابة ليست بتجارة لانعدام مبادلة المال بالمال لهذا لا يملكه المأذون له في التجارة وليس له ان يعتق عبداً من المضاربة اذا لم يكن في نفس العبد فضل عن رأس المال فان اعتق لم ينفذ لان العقد السابق لا يفيده ولانه لا يملك الاعتاق على مال وفيه معنى المبادلة فالاعتاق بغير مال أولى ولا ملك للمضارب في العبد مما لا ينفذ اعتاقه وسواء كان في يد المضارب مال آخر سوى العبد أو لم يكن لان العبد اذا كان بقدر رأس المال لا فضل فيه لم يتعين للمضارب فيه حق لانه مشغول برأس المال بدليل أنه لو هلك ذلك المال يصير العبد رأس المال وان كان في نفس العبد المعتق فضل عن رأس المال جاز اعتاقه في قدر حصته من الربح لانه اذا كان قيمته أكثر من رأس

المال فقد تعين للمضارب فيه ملك فينفذ اعتاقه فى قدر نصيبه كعبد بين شريكين اعتقه أحدهما وكذلك ان كاتب عبداً من المضاربة أو أعتقه على مال ولم يكن فيه فضل أنه لم يجز وان كان فيه فضل كان كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما على مال فاذاقبل العبد عتق عليه نصيبه وكان رب المال بالخيار ولرب المال فسخ الكتابة قبل الاداء لانه لا يتضرر به فى الحال وفى الثانى أما فى الحال فلا يمتنع عليه بيع نصيبه وهبته مادام شئ منه فكذا هذا (وأما) الثانى فلانه لو أدى وعتق نفسه يفسد الباقى على رب المال فأكد دفع هذا الضرر بالفسخ لان الكتابة قابلة للفسخ فله أن يفسخ كأحد الشريكين اذا باع حصته من بيت معين من دار مشتركة بينهما كان لشريكه نقض بيعه وان باع ملك نفسه لما أن الشريك يتضرر بنفاذ هذا البيع فانه متى أراد أن يقسم الدار يحتاج الى قسمين قسمة البيت مع المشترى وقسمة بقية الدار مع الشريك الاول و يتضرر فكان له نقض البيع دفعا للضرر عنه فكذا هذا بخلاف ما اذا دبر المضارب نصيبه أو أعتق انه ينفذ وان كان يتضرر به رب المال لان الضرر انما يدفع اذا أمكن وهناك لا يمكن لان التدبير والاعتاق تصرفان لا يحتملان الفسخ بخلاف الكتابة فان أدى الكتابة قبل الفسخ عتق لوجود شرط العتق وهو الاداء الا أن لرب المال أن يأخذ مما أداه المكاتب قدر حصته من المؤدى لانه كسب عبد مشترك بينهما وكذلك اذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألف فاعتق أحدهما انه لا يجوز اعتاقه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز اعتاقه فى نصيبه منهما لان رأس المال ليس الا الالف فما زاد على ذلك يكون ربحا ويكون للمضارب فيه نصيب فينفذ اعتاقه فى نصيبه (ولنا) انه لم يتعين للمضارب ملك فى أحد العبدين لان كل واحد منهما يجوز أن يكون رأس المال والآخر ربحا فليس أحدهما بأن يجعل رأس المال والآخر ربحا أولى من القلب فيجعل كل واحد منهما كان ليس معه غيره ولان حق المضارب لا يتعين فى الربح قبل تعين رأس المال و رأس المال لم يتعين الا بتعيين ملك المضارب فى الربح وكذلك لو كان فى يد المضارب عشرون عبدا قيمة كل واحد منهم ألف درهم و رأس المال ألف درهم انه لا يجوز عتقه فى واحد منهم لانه لا يتعين للمضارب فى واحد منهم ملك لان كل واحد منهم يصلح أن يكون هو رأس المال فاذا لم يملك شيأ منهم لا ينفذ اعتاقه من مشايخنا من قال هذا على أصل أبى حنيفة ان العبيد والجوارى لا يقسمون قسمة واحدة بل كل شخص يقسم على حدة لان العبيد والجوارى بمنزلة أجناس مختلفة من سائر الاموال ولا يتعين للمضارب ملك فى الاجناس المختلفة من العروض ونحوها فأما على أصل أبى يوسف ومحمد انهم يقسمون قسمة واحدة بمنزلة الدواب فظهر الربح فينفذ اعتاقه فى قدر نصيبه من الربح وقال بعض مشايخنا ان هذا بالاتفاق لان عندهما انما يقسم القاضى قسمة واحدة اذا رأى القاضى ذلك فاما قبل ذلك فلا بل العبيد بمنزلة الاجناس المختلفة لهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد بدون بيان الثمن بالاتفاق كالتوكيل بشراء ثوب لهذا وكانت العبيد للخدمة بين اثنين لا تجب على أحدهما صدقة الفطر بسببهم فى عامة الروايات والاصل ان مال المضاربة اذا كان من جنس واحد وفيه فضل عن رأس المال انه يضم بعضه الى بعض و يتعين نصيب المضارب فيما زاد على رأس المال واذا كان من جنسين مختلفين كل واحد منهما مثل رأس المال لا يضم أحدهما الى الآخر فلا يتعين للمضارب فى أحدهما ملك لاشتغال كل واحد منهما برأس المال وقد قالوا فى هذه المسئلة ان رب المال لو أعتق العبيد نفذ اعتاقه فى جميعهم لانه اذا لم يتعين للمضارب فى واحد منهم ملك نفذ على رب المال فاذا أعتقهم بلفظة واحدة عتقوا ويضمن حصة المضارب فيهم سواء كان موسرا أومعسرا (أما) الضمان فلان المضارب وان لم يملك شيأ من العبيد فقد كان له حق ان يملك وقد أفسده عليه رب المال فيضمن وانما استوى فيه اليسار والاعسار لانه أعتق الكل مباشرة ونفذ اعتاقه فى الكل فصار متلفا المال عليه بخلاف ضمان العتق لانه يعتق نصيب المعتق ابتداء ثم يسرى الى نصيب الشريك على أصل أبى يوسف ومحمد لذلك اختلف فيه اليسار والاعسار وكذلك لو اشترى المضارب عبدا من مال المضاربة فادعى انه ابنه انه لم يكن فيه فضل لم تجز دعوته وان

كان فيه فضل جازت دعوته وعتق لان هذه دعوة تحرير وانها مبنية على الملك فاذا لم يكن فيه فضل فازدادت قيمة رأس المال بعد ذلك فظهر فيه فضل جازت دعوته وعتق عليه وكان كعبد بين اثنين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله بان ورث نصيبه وانما كان كذلك لانه لما ادعى النسب ولا ملك له فى الحال كانت دعوته موقوفة على الملك فاذا ازدادت قيمته فقد ملك جزأ منه فنفذت دعوته فيه كمن ادعى النسب فى ملك غيره ثم ملكه انه تنفذ دعوته بخلاف ما اذا أعتقه ثم ازدادت قيمته انه لا ينفذ اعتاقه لان انشاء الاعتاق فى ملك الغير لا يتوقف كمن أعتق ملك غيره ثم ملكه ولا ضمان على المضارب فى ذلك لان العبد عتق من غير صنعه لانه عتق بزيادة القيمة والعبد المشترك اذا عتق على أحد الشريكين بغير فعله لا يضمن للشريك شيأ ولو اشترى أمة قيمتها ألف ورأس المال ألف فولدت ولدا يساوى ألفا فادعى الولد لا يكون ولده ولا تكون الام أم ولده لانه ليس لاحدهما فضل على رأس المال هكذا ذكر الكرخى وذكر القدورى رحمه الله ان هذا محمول على انها علقت قبل أن يشتريها فاما اذا كان العلوق بعد الشراء فحكم المسئلة يتغير لان المضارب يغرم العقر مائة فاذا استوفاها رب المال منه جعل المستوفى من رأس المال فينتقص رأس المال وصار تسعمائة فيتعين للمضارب ملك فيهما جميعا فنفذت دعوته ويثبت النسب واذا ثبت النسب ضمن المضارب من قيمة الام سبعمائة حتى يستوفى رب المال تمام رأس ماله ثم يغرم خمسين درهما وهو تمام ما بقى من الام فظهر ان الولد ربح بينهما فيعتق نصف الولد من المضارب به ويسعى فى النصف لرب المال قال عيسى بن أبان ان هذا الجواب هو الصحيح وذكر محمد فى الاصل مسئلة أخرى طعن فيها عيسى وهو ما اذا اشترى جارية بألف درهم تساوى ألفا فولدت ولدا يساوى ألفا فادعاه المضارب لم يثبت نسبه ويغرم العقر فان زادت قيمة الولد حتى صارت ألفين يثبت النسب من المضارب لانه ملك بعضه لظهور الربح فى الولد بزيادة قيمته فيعتق ربعه عليه ولا ضمان عليه لانه عتق بزيادة القيمة ولا صنع له فيها ويسعى العبد فى ثلاثة أرباع قيمته لرب المال والجارية على حالها لم تصر أم ولد للمضارب ما لم يستوف رب المال العقر والسعاية لان المضارب لا يظهر له الربح فى الجارية حتى يصل الى رب المال شئ من المال فلا يملك شيأ منها ولا صحة للاستيلاد بدون الملك ولو لم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الام فصارت ألفين فان الجارية أم ولده لظهور الربح فيها بزيادة قيمتها وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمتها لرب المال وان لم يكن له صنع فيها لان ضمانها ضمان تملك لهذا استوى فيه اليسار والاعسار فيستوى أن يكون بفعله أو من طريق الحكم ولا يثبت نسب الولد من المضارب لانه لم يملك من الولد شيأ ما لم يأخذ رب المال شيأ من رأس ماله ولو زادت قيمتهما جميعا فصارت قيمة كل واحد منهما ألف درهم يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم ولد له لانه ملك بعض كل واحد منهما لانه ظهر الفضل فى كل واحد منهما بزيادة قيمته ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية ألفى درهم وعقر مائة درهم فظهر ان رب المال استوفى رأس ماله واستوفى من الربح ألفا ومائة وللمضارب أن يستوفى من ربح الولد مقدار ألف ومائة فعتق الولد منه بذلك المقدار وبقى من الولد مقدار تسعمائة ربح بينهما لان لكل واحد منهما أربعمائة وخمسون فما أصاب المضارب عتق وما أصاب رب المال سعى فيه الولد قال عيسى هذا الجواب خطأ والصحيح أن يقال يضمن المضارب من الام ثلاثة أرباع قيمتها ونصف العقر وبقى الولد بحاله بينهما يسعى فى نصف قيمته لرب المال ويسقط عنه النصف بحصة المضارب قال القدورى رحمه الله هذا الذى ذكره عيسى هو جواب محمد فى المسئلة التى قدمناها اذا لم تزد قيمة كل واحد منهما وعلى قياس ما قال محمد فى المسئلة الزيادة تجب أن يقول اذا لم تزد قيمتها ينبغى أن يغرم المضارب الفا ومائة ثم يستوفى المضارب من الولد مائة وبقى تسعمائة بينهما فمن أصحابنا من قال القياس ما أجاب به فى المسئلة التى لم تزد القيمة فيها ووجهه ان المضارب لا يغرم بعد ما غرم تمام رأس ماله الا نصف ما بقى من الام لان نصف ما بقى من الام ربح بينهما فلا يجوز أن يغرم الكل والذى أجاب به فى مسئلة الزيادة هو الاستحسان لان فى غرم تمام قيمة الجارية تكثير العتق والعتق والرق اذا اجتمعا غلبت الحرية

الرق ومن أصحابنا من قال انما افترقت المسئلتان لوصفهما لان سبب العتق فى مسئلة الزيادة زيادة قيمة الولد وفى المسئلة الاخرى سبب العتق قبض رب المال العقر فلما شارك رب المال المضارب فى سبب عتقه أن يجتمع ربحه فى الجارية (وأما) فى المسئلة الاخرى لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال الى الجارية لان المضارب قد ملكها وقد قيل أيضا ان فى تلك المسئلة انما قصد تكثير العتق وفى المسئلة الاخرى اذا لم تزد القيمة لا يتبين تكثير العتق لان الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر فلا يتبين بذلك المقدار تكثير العتق وقد قالوا فى المضارب اذا اشترى جارية بألف فولدت ولدا يساوى ألفا فادعاه رب المال ثبت النسب وعتق الولد وصارت الجارية أم ولد له وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه لان دعوته صادفت ملكه فثبت النسب واستندت الدعوة الى وقت العلوق ولا قيمة للولد فى ذلك الوقت ولا فضل فى المال فلا تجب عليه القيمة ولا العقر لانه وطئ ملك نفسه وليس له أن يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة فى قول أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبى يوسف رحمه الله يزوج الامة ولا يزوج العبد وقد ذكرنا المسئلة فى موضع آخر وروى ابن رستم عن محمد انه ليس له أن يزوج أمة من المضاربة لانه لا يملك أن يشترى شيأ من مال المضاربة لنفسه فلا يملك أن يعقد على جارية المضاربة لنفسه فان تزوج باذن رب المال فهو جائز اذا لم يكن فى المال ربح وقد خرجت من المضاربة أما الجواز فلانه اذا لم يكن فى المال ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وانما له حق التصرف وانه لا يمنع النكاح كالعبد المأذون (وأما) خروج الامة عن المضاربة فلان العادة ان من تزوج أمة حصنها ومنعها من الخروج والبروز والمضاربة تقتضى العرض على البيع وابرازها للمشترى وكان اتفاقهما على التزويج اخراجا اياها عن المضاربة ويحسب مقدار قيمتها من رأس المال لانه لما أخرجها من المضاربة صار كانه استرد ذلك القدر من رأس المال وقد قال الحسن بن زياد عن أبى حنيفة ان المضارب لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لعبد من المضاربة لان تصرف المضارب يختص بالتجارة والتزويج ليس من التجارة وذكر القدورى رحمه الله وقال ينبغى أن يكون هذا قولهم لان عند أبى يوسف ان كان يملك تزويج الامة لا يملك تزويج العبد ولو أخذ المضارب نخلا أو شجرا أو رطبة معاملة على أن ينفق من المال لم يجز على رب المال وان كان قال له رب المال حين دفع اليه اعمل فيه برأيك لان الاخذ منه معاملة عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار كما لو آجر نفسه للخدمة ولا يعتبر ما شرط من الانفاق لان ذلك ليس بمعقود عليه بل هو تابع للعمل كالخيط فى اجارة الخياط والصبغ فى الصباغة وكذا لا يعتبر قوله اعمل برأيك لما ذكرنا ان ذلك يفيد تفويض الرأى اليه فى المضاربة والمضاربة تصرف فى المال وهذا عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا يجوز أن يستحق بدلها رب المال ولو أخذ أرضا مزارعة على أن يزرعها فما خرج من ذلك كان نصفين فاشترى طعاما ببعض المزارعة فزرعه قال محمد هذا يجوز ان قال له اعمل برأيك وان لم يكن قال له اعمل برأيك لم يجز لانه يوجب حقا لرب الارض فى مال رب المال فيصير كانه شاركه بمال المضاربة وانه لا يملك الاشراك باطلاق العقد ما لم يقل اعمل برأيك فاذا قال ملك كذا هذا وقال الحسن بن زياد ان الارض والبذر والبقر اذا كان من قبل رب الارض والعمل على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرنا انه عقد على منافع نفسه فكان له بدل منافع نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك اذا شرط البقر على المضارب لان العقد وقع على منفعته وانما البقر آلة العمل والآلة تبع ما لم يقع عليها العقد ولو دفع المضارب أيضا بغير بذر مزارعة جازت سواء قال اعمل برأيك أو لم يقل لانه لم يوجب شركة فى مال رب المال انما آجر أرضه والاجارة داخلة تحت عقد المضاربة والله عز وجل أعلم (وأما) القسم الذى للمضارب أن يعمله اذا قيل له اعمل برأيك وان لم ينص عليه فالمضاربة والشركة والخلط فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره وان يشارك غيره فى مال المضاربة شركة عنان وأن يخلط مال المضاربة بمال نفسه اذا قال له رب المال اعمل برأيك وليس له أن يعمل شيأ من ذلك اذا لم يقل له ذلك أما المضاربة فلان المضاربة مثل المضاربة

والشئ لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد كذا هذا (وأما) الشركة فهي أولى أن لا يملكها بمطلق العقد لانها أعم من المضاربة والشئ لا يستتبع مثله فما فوقه أولى (وأما) الخلط فلانه يوجب في مال رب المال حقا لغيره فلا يجوز الا باذنه وان لم يقل له ذلك فدفع المضارب مال المضاربة مضاربة الى غيره فنقول لا يخلو من وجوه اما ان كانت المضاربتان صحيحتين واما ان كانتا فاسدتين واما ان كانت احداهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانتا صحيحتين فان المال لا يكون مضمونا على المضارب الاول بمجرد الدفع الى الثاني حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل أن يعمل يهلك امانة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يصير مضمونا بنفس الدفع عمل الثاني أو لم يعمل واذا هلك قبل العمل يضمن وهو رواية عن أبي يوسف أيضا (وجه) قول زفر ان رب المال اذا لم يقل للمضارب اعمل برأيك لم يملك دفع المال مضاربة الى غيره فاذا دفع صار بالدفع مخالفا فصار ضامنا كالمودع اذا أودع (ولنا) ان مجرد الدفع ايداع منه وهو يملك ايداع مال المضاربة فلا يضمن بالدفع وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا ضمان على الاول حتى يعمل به الثاني ويربح فاذا عمل به وربح كان ضامنا حين ربح وان عمل في المال فلم يربح حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه وروى محمد عن أبي يوسف أنه لا ضمان عليه حتى يعمل الثاني فاذا عمل ضمن ربح الثاني أو لم يربح وهكذا روى ابن سماعة والفضل بن غانم عن أبي يوسف وهو قول محمد رحمه الله وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان هذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة (وجه) قولهما انه لما عمل فقد تصرف في المال بغير اذن المالك فيتعين به الضمان سواء ربح أو لم يربح ولابي حنيفة لا سبيل الى التضمين بالدفع لانه ايداع وابضاع ولا بالعمل لانه ما لم يربح فهو في حكم المبضع والمبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز أن يضمن بالشرط لانه مجرد قول ومجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان لكنه اذا ربح فقد ثبت له شركة في المال باثبات المضارب الاول فصار الاول مخالفا فيضمن كما لو خلط مال المضاربة بغيره أو شارك به واذا وجب الضمان بالعمل والربح أو بنفس العمل على اختلافهم في ذلك فرب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني أما على أصل أبي يوسف ومحمد في المودع اذا أودع فظاهر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لان الاول تعدى بالدفع والثاني تعدى بالقبض فصار عندهما كالمودع اذا أودع وأما على أصل أبي حنيفة في مسئلة الوديعة فيحتاج الى الفرق لان الضمان عنده على المودع الاول لا على الثاني وفي مسئلة المضاربة أثبت له خيار تضمين الثاني لان المضارب الثاني يعمل في المال لمنفعة نفسه وهي الربح فكان عاملا لنفسه فجاز أن يضمن والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة الاول لحفظ الوديعة فلم يضمن فان ضمن المضارب الاول لا يرجع بما ضمن على الثاني وصحت المضاربة بين الاول والثاني والربح على ما شرطا لانه لما تقرر الضمان على الاول فقد ملك المضمون وصار كانه دفع مال نفسه مضاربة الى الثاني فكان الربح على ما شرطا لان الشرط قد صح وان ضمن الثاني رجع بما ضمن على الاول وصار حاصل الضمان على الاول لان الاول غره بالعقد فصار مغرورا من جهته فكان له أن يرجع عليه بما ضمن كمودع الغاصب وهو ضمان كفالة في الحقيقة لان الاول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له بخلاف الرهن وهو ما اذا غصب رجل شيأ فرهنه فهلك في يد المرتهن فاختار المالك تضمين المرتهن انه يرجع على الراهن بما ضمن ولا يصح عقد الرهن (ووجه) الفرق ان قبض المرهون شرط صحة الرهن ولما ضمن المرتهن تبين ان قبضه لم يصح فتبين ان الرهن لم يصح اذ لا صحة له بدون القبض فاما في المضاربة فيضمن الثاني ابطال القبض بعد وجوده لان المضاربة عقد جائز فكان لبقائه حكم الابتداء كانه ابتدأ العقد بعد أداء الضمان فكان التضمين ابطال القبض بعد وجوده وذلك لا يبطل المضاربة ألا ترى ان المضارب لو باع المال من رب المال لا تبطل المضاربة وان بطل قبضه ولو رد المرتهن الرهن على الراهن يبطل الرهن لذلك افترقا وذكر ابن سماعة عن محمد انه يطيب الربح للاسفل ولا يطيب للاعلى على قياس قول أبي حنيفة عليه الرحمة لان استحقاق الاسفل بعمله ولا خطر في عمله فيطيب له الربح فاما الاعلى

فانما يستحق الربح برأس المال والملك فى رأس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلو عن نوع خبث فلا يطيب له وان كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان الاول أجير فى مال المضاربة والثانى أجير الاول فصار كمن استأجر رجلا يعمل فى ماله فاستأجر الاجير رجلا وان كانت احداهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانت الاولى صحيحة والاخرى فاسدة فكذلك لا ضمان على واحد منهما وان عمل المضارب الثانى فى المال لان المضارب الثانى أجير الاول والاجير لا يستحق شيأ من الربح فلم يثبت له شركة فى رأس المال فلا يجب الضمان على الاول ولا على الثانى لانه لا ضمان على الاجير وله أجر مثل عمله على المضارب الاول وللمضارب الاول ما شرط له من الربح لوقوع المضاربة صحيحة وان كانت الاولى فاسدة والثانى صحيحة فكذلك لان الاول أجير فى مال المضاربة فلا حق له فى الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان اذ الضمان انما يجب باثبات الشركة ويكون الربح كله لرب المال لانه ربح حصل فى مضاربة فاسدة وللمضارب الاول أجر مثله لان عمل الثانى وقع له فكأنه عمل بنفسه وللثانى على الاول مثل ما شرط له من الربح لانه عمل مضاربة صحيحة وقد سمى له أشياء فهو مستحق للغير فيضمن هذا اذا لم يقل له رب المال اعمل برأيك فاما اذا قال له اعمل برأيك فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره لانه فوض الرأى اليه وقد رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك ثم اذا عمل الثانى وربح كيف يقسم الربح فنقول جملة الكلام فيه ان رب المال لا يخلو اما ان كان أطلق الربح فى عقد المضاربة ولم يضفه الى المضارب بان قال على ان ما رزق الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان أو قال ما أطعم الله تعالى من ربح فهو بيننا نصفان واما ان أضافه الى المضارب بان قال على ان ما رزقك الله تعالى من الربح أو ما أطعمك الله عز وجل من ربح أو على ان ما ربحت من شئ أو ما أصبت من ربح فان أطلق الربح ولم يضفه الى المضارب ثم دفع المضارب الاول المال الى غيره مضاربة بالثلث فربح الثانى فثلث جميع الربح للثانى لان شرط الاول للثانى قد صح لانه يملك نصف الربح فكان ثلث جميع الربح بعض ما يستحقه الاول فجاز شرطه للثانى فكان ثلث جميع الربح للثانى ونصفه لرب المال لان الاول لا يملك من نصيب رب المال شيأ فانصرف شرطه الى نصيبه لا الى نصيب رب المال فبقى نصيب رب المال على حاله وهو النصف وسدس الربح للمضارب الاول لانه لم يجعله للثانى فبقى له بالعقد الاول ويطيب له ذلك لان عمل المضارب الثانى وقع له فكأنه عمل بنفسه كمن استأجر انسانا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل لان عمل أجيره وقع له فكأنه عمل بنفسه كذا هذا ولو دفع الى الثانى مضاربة بالنصف فنصف الربح للثانى ونصفه لرب المال ولا شئ للمضارب الاول لانه جعل جميع ما يستحقه وهو نصف الربح للثانى وصح جعله لانه مالك للنصف والنصف لرب المال بالعقد الاول وصار كمن استأجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من خاطه بدرهم ولو دفعه اليه مضاربة بالثلثين فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب الثانى ويرجع الثانى على الاول بمثل سدس الربح الذى شرطه له لان شرط الزيادة ان لم ينفذ فى حق رب المال لم يرض لنفسه بأقل من نصف الربح فقد صح فيما بين الاول والثانى لان الاول غر الثانى بتسمية الزيادة والغرور فى العقود من أسباب وجوب الضمان وهو فى الحقيقة ضمان الكفالة وهو ان الاول صار ملتزما سلامة هذا القدر للثانى ولم يسلم له فيغرم للثانى مثل سدس الربح ولا يصير بذلك مخالفا لان شرطه لم ينفذ فى حق رب المال فالتحق بالعدم فى حقه فلا يضمن وصار كمن استأجر رجلا لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من يخيطه بدرهم ونصف انه يضمن زيادة الاجرة كذا هذا ولو أضافه الى المضارب فدفعه الاول مضاربة الى غيره بالثلث أو بالنصف أو بالثلثين فجميع ما شرط للثانى من الربح يسلم له وما شرط للمضارب الاول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين بخلاف الفصل الاول (ووجه) الفرق ان هنا شرط رب المال لنفسه نصف ما رزق الله تعالى للمضارب أو نصف ما ربح المضارب فاذا دفع الى الثانى مضاربة بالثلث كان الذى رزق الله عز وجل المضارب الاول الثلثين فكان الثلث للثانى والثلثان بين رب المال وبين المضارب الاول نصفين لكل واحد منهما الثلث

واذا دفع مضاربة بالنصف كان ما رزقه الله تعالى للمضارب الاول النصف فكان النصف للثانى والنصف بينهما نصفين واذا دفعه مضاربة بالثلثين كان الذى رزقه الله تعالى الثلث والثلثان للثانى والثلث بينهما لكل واحد منهما السدس وفى الفصل الاول رب المال انما شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ونصف جميع الربح وذلك ينصرف الى كل الربح وكذا له أن يخلط مال المضاربة بمال نفسه لانه فوض الرأى اليه وقد رأى الخلط واذا ربح قسم الربح على المالين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضاربة يكون بينهما على الشرط وكذا له أن يشارك غيره شركة عنان لما قلنا ويقسم الربح بينهما على الشرط لان الشرط قد صح واذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة المضارب من الربح فيستوفى منها رب المال رأس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط (وأما) القسم الذى ليس للمضارب أن يعمله أصلا ورأساً فشراء ما لا يملك بالقبض وما لا يجوز بيعه فيه اذا قبضه (اما) الاول فنحو شراء الميتة والدم والخمر والخنزير وأم الولد والمكاتب والمدبر لان المضاربة تتضمن الاذن بالتصرف الذى يحصل به الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فما لا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشراء لكن لا يقدر على بيعه لا يحصل فيه الربح أيضاً فلا يدخل تحت الاذن فان اشترى شيأ من ذلك كان مشتريا لنفسه لا للمضاربة فان دفع فيه شيأ من مال المضاربة يضمن وان اشترى ثوبا أو عبداً أو عرضاً من العروض بشئ مما ذكرنا سوى الميتة والدم فالشراء على المضاربة لان المبيع هنا مما يملك بالقبض ويجوز بيعه فكان هذا شراء فاسداً والاذن بالشراء المستفاد بعقد المضاربة يتناول الصحيح والفاسد (وأما) اذا كان الثمن ميتة أو دما فما اشترى به لا يكون على المضاربة لان الميتة والدم لا تملك بالقبض أصلا (وأما) الثانى فنحو أن يشترى ذا رحم محرم من رب المال فلا يكون المشترى للمضاربة بل يكون مشتريا لنفسه لانه لو وقع شراؤه للمضاربة لعتق على رب المال فلا يقدر على بيعه بعد ذلك ولا يحصل المقصود من الاذن فلا يدخل تحت الاذن ولو اشترى ذا رحم محرم من نفسه فان لم يكن فى المال ربح فالشراء على المضاربة لانه لا ملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود وان كان فى المال ربح لم يكن الشراء على المضاربة لانه اذا كان فى المضاربة ربح يملك قدر نصيبه من الربح فيعتق ذلك القدر عليه فلا يقدر على بيعه ولا على بيع الباقى لانه معتق البعض وما لا يقدر على بيعه لا يكون للمضاربة لما قلنا (وأما) المضاربة المقيدة فحكمها حكم المضاربة المطلقة فى جميع ما وصفنا لا تفارقها الا فى قدر القيد والاصل فيه ان القيد ان كان مفيداً يثبت لان الاصل فى الشروط اعتبارها ما أمكن واذا كان القيد مفيداً كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبى عليه أفضل الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم فيتقيد بالمذكور ويبقى مطلقاً فيما وراءه على الاصل المعهود فى المطلق اذا قيد ببعض المذكور انه يبقى مطلقاً فيما وراءه كالعام اذا خص منه بعضه انه يبقى عاما فيما وراءه وان لم يكن مفيداً لا يثبت بل يبقى مطلقاً لان ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم اذا عرفنا هذا فنقول اذا دفع رجل الى رجل مالا مضاربة على أن يعمل به فى الكوفة فليس له أن يعمل فى غير الكوفة لان قوله على ان من ألفاظ الشرط وانه شرط مفيد لان الاماكن تختلف بالرخص والغلاء وكذا فى السفر خطر فيعتبر وحقيقة الفقه فى ذلك ان الاذن كان عدماً وانما يحدث بالعقد فيبقى فيما وراء ما تناوله العقد على أصل العدم وكذا لا يعطيها بضاعة لمن يخرج بها من الكوفة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه فلأن لا يملك الامر بذلك أولى وان أخرجها من الكوفة فان اشترى بها وباع ضمن لانه تصرف لا على الوجه المأذون فصار فيه مخالفاً فيضمن وكان المشترى لنفسه له ربحه وعليه وضيعته لكن لا يطيب له الربح عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يطيب وان لم يشتر بها شيأ حتى ردها الى الكوفة برئ من الضمان ورجع المال مضاربة على حاله لانه عاد الى الوفاق قبل تقرر الخلاف فيبرأ عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ولو لم يرده حتى هلك قبل التصرف لا ضمان عليه لانه لما لم يتصرف لم يتقرر الخلاف فلا يضمن ولو اشترى ببعضه ورد بعضه فما اشتراه فهو له وما رد رجع على المضاربة لانه تقرر الخلاف فى القدر المشترى وزال عن القدر المردود ولو دفع اليه على أن يعمل فى سوق الكوفة فعمل فى الكوفة فى غير

سوقها فهو جائز على المضاربة استحسانا والقياس ان لا يجوز (وجه) القياس انه شرط عليه العمل فى مكان معين فلا يجوز فى غيره كما لو شرط ذلك فى بلد معين (وجه) الاستحسان ان التقييد بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة فى التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط ولو قال له اعمل به فى سوق الكوفة أو لا تعمل به الا فى سوق الكوفة فعمل فى غير سوق الكوفة يضمن لان قوله لا تعمل الا فى سوق الكوفة حجر له فلا يجوز تصرفه بعد الحجر وفى الفصل الاول ما حجر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله فى السوق والشرط غير مفيد فلغا ولو قال له خذ هذا المال تعمل به فى الكوفة لم يجز له العمل فى غيرها لان فى كلمة ظرف فقد جعل الكوفة ظرفا للتصرف الذى أذن له فيه فلو جاز فى غيرها لم تكن الكوفة ظرفا لتصرفه وكذلك اذا قال له فاعمل به فى الكوفة لما قلنا ولان الفاء من حروف التعليق فتوجب تعلق ما قبلها بما بعدها وانما يتعلق اذا لم يجز التصرف فى غيرها وكذلك اذا قال خذ هذا المال بالتصرف بالكوفة لان الباء حرف الصاق فتقتضى التصاق الصفة بالموصوف وهذا يمنع جواز التصرف فى غيرها ولو قال خذ هذا المال مضاربة واعمل به فى الكوفة فله أن يعمله بالكوفة وحيث ما بدا له لان قوله خذ هذا المال مضاربة اذن له فى التصرف مطلقا وقوله واعمل به فى الكوفة اذن له بالعمل فى الكوفة فكان له أن يعمل فى أى موضع شاء كمن قال لغيره اعتق عبدا من عبيدى ثم قال له اعتق عبدى سالما ان له أن يعتق أى عبد شاء ولا يتقيد التوكيل باعتاق سالم كذا هذا اذ المضاربة توكيل بالشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال مضاربة الى سنة جازت المضاربة عندنا وقال الشافعى رحمه الله المضاربة فاسدة (وجه) قوله أنه اذا وقت للمضاربة وقتا فيحتمل انه لا يجوز كونها فى الوقت فلا يفيد العقد فائدة (ولنا) ان المضاربة توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوى وقال لم يجز عند أصحابنا توقيت المضاربة وقياس قولهم فى الوكالة انها لا تختص بالوقت لانهم قالوا لو وكل رجلا ببيع عبده اليوم فباعه غدا جاز كالوكالة المطلقة وما قاله ليس بسديد لانهم قالوا فى الوكيل اذا قيل له بعه اليوم ولا تبعه غدا جاز ذلك ولم يكن له أن يبيعه غدا وكذا اذا قيل له على أن تبيعه اليوم دون غد ولو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشترى به الطعام أو قال فاشتر به الطعام أو قال تشترى به الطعام أو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف فى الطعام فذلك كله سواء وليس له أن يشترى سوى الطعام بالاجماع لما ذكرنا على أن للشرط والاصل فى الشرط المذكور فى الكلام اعتباره والفاء لتعليق ما قبلها بما بعدها وقوله يشترى به الطعام تفسير التصرف المأذون به وقوله فى الطعام ففى كلمة ظرف فاذا دخلت على ما لا يصلح ظرفا تصير بمعنى الشرط وكل ذلك يقتضى التقييد بالشرط المذكور وانه شرط مفيد لان بعض أنواع التجارة يكون أقرب الى المقصود من بعض وكذا الناس مختلفون فى ذلك فقد يهتدى الانسان الى بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مفيداً فيتقيد به ولا يملك أن يشترى غير الطعام والطعام هو الحنطة ودقيقها اذ لا يراد به كل ما يتطعم بل البعض دون البعض والامر يختلف باختلاف عادة البلدان فاسم الطعام فى عرفهم لا ينطلق الا على الحنطة ودقيقها وكذلك لو ذكر جنساً آخر بان قال له خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشترى به الدقيق أو الخبز أو البر أو غير ذلك ليس له أن يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له أن يشترى ذلك الجنس فى المصر وغيره وان يبضع فيه وان يعمل فيه جميع ما يعمله المضارب فى المضاربة المطلقة لما ذكرنا ان اللفظ المطلق اذا قيد ببعض الاشياء يبقى على اطلاقه فيما وراءه وقال ابن سماعة سمعت محمداً قال فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فقال له ان اشتريت به الحنطة فلك من الربح النصف ولى النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولى الثلثان فقال هذا جائز وله أن يشترى أى ذلك شاء على ما سمى له رب المال لانه خيره بين عملين مختلفين فيجوز كما لو خير الخياط بين الخياطة الرومية والفارسية ولو دفع اليه على انه ان عمل فى المصر فله ثلث الربح وان سافر فله النصف جاز والربح بينهما على ما شرطا ان عمل فى المصر فله الثلث وان سافر فله النصف ولو اشترى فى المصر و باع فى السفر أو اشترى فى السفر و باع فى المصر فقد روى عن محمد انه قال المضاربة فى هذا على الشراء فان اشترى فى المصر فاربح فى ذلك المتاع فهو على ما شرط فى المصر سواء

باعه فى المصر أو فى غيره لان المضارب انما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشراء فاذا اشترى فى المصر تعين أحد العملين فلا يتغير بالسفر وان عمل ببعض المال فى السفر و بالبعض فى الحضر فربح كل واحد من المالين على ماشرط ولو قال له على أن تشترى من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو على فلان خاصة ليس له أن يشترى و يبيع من غيره وقال الشافعى رحمه الله المضاربة فاسدة لان فى تعيين الشخص تضييق طريق الوصول الى المقصود من التصرف وهو الربح وتغيير مقتضى العقد لان مقتضى العقد التصرف مع من شاء (ولنا) ان هذا شرط مفيد لاختلاف الناس فى الثقة والامانة لان الشراء من بعض الناس قد يكون أربح لكونه أسهل فى البيع وقد يكون أوثق على المال فكان التقييد مفيداً كالتقييد بنوع دون نوع وقوله التعيين يغير مقتضى العقد قلنا ليس كذلك بل هو مباشرة العقد مفيد أمن الابتداء وانه قيد مفيد فوجب اعتباره ولو قال على ان تشترى بها من أهل الكوفة وتبيع فاشترى و باع من رجال بالكوفة من غير أهلها فهو جائز لان هذا الشرط لا يفيد الا ترك السفر كأنه قال على ان تشترى ممن بالكوفة وكذلك اذا دفع اليه مالا مضاربة فى الصرف على أن يشترى من الصيارفة و يبيع كان له أن يشترى من غير الصيارفة مابدا له من الصرف لان التقييد بالصيارفة لا يفيد الا تخصيص البلد أو النوع فاذا حصل ذلك من صيرفى أو غيره فهو سواء ولو دفع اليه مالا مضاربة ثم قال له بعد ذلك اشتر به البز و بع فله أن يشترى البز وغيره لانه أذن بالشراء مطلقاً ثم أمره بشراء البز فكان له أن يشترى ماشاء وهذا كقوله خذ هذا المال مضاربة واعمل به بالكوفة الا ان هناك القيد مقارن وههنا متراخى وقد ذكرناه وذكر القدورى رحمه الله ان هذا محمول على انه نهاه بعد الشراء والحكم فى التقييد الطارئ على مطلق العقد انه ان كان ذلك قبل الشراء يعمل وان كان بعد ما اشترى به لا يعمل الى أن يبيعه بمال عين فيعمل التقييد عند ذلك حتى لا يجوز أن يشترى الا ما قال ولو دفع اليه مالا مضاربة على أن يبيع و يشترى بالنقد فليس له أن يشترى و يبيع الا بالنقد لان هذا التقييد مفيد فيتقيد بالمذكور ولو قال له بع بنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد جاز لان النقد انفع من النسيئة فلم يكن التقييد بها مفيداً فلا يثبت القيد وصار كما لو قال للوكيل بع بعشرة فباع بأكثر منها جاز كذا هذا (واما) الذى يرجع الى عمل رب المال مما له أن يعمله وما ليس له أن يعمله فقد قال أصحابنا اذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أكثر جاز بيعه واذا باع بأقل من قيمته لم يجز الا ان يجيزه المضارب سواء باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه لان جواز بيع رب المال من طريق الاعانة للمضارب وليس من الاعانة ادخال النقص عليه بل هو استهلاك فلا يتحمل قل أو كثر وعلى هذا لو كان المضارب اثنين فباع أحدهما باذن رب المال لم يجز أن يبيعه الا بمثل القيمة أو أكثر الا أن يجيزه المضارب الآخر لان أحد المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل باذن رب المال وهو لا يملك التصرف بنفسه اذا كان فيه غبن فلا يملك الامر به واذا اشترى المضارب بمال المضاربة متاعا وفيه فضل أو لا فضل فيه فأراد رب المال بيع ذلك فأبى المضارب وأراد امساكه حتى يجد ربحاً فان المضارب يجبر على بيعه الا أن يشاء أن يدفعه الى رب المال لان منع المالك عن تنفيذ ارادته فى ملكه لحق يحتمل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل اليه ولكن يقال له ان أردت الامساك فرد عليه ماله وان كان فيه ربح يقال له ادفع اليه رأس المال وحصته من الربح و يسلم المتاع اليك ولو أخذ رجل مالا ليعمل لا جل ابنه مضاربة فان كان الابن صغيراً لا يعقل البيع فالمضاربة للاب ولا شئ للابن من الربح لان الربح فى باب المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل وليس للابن واحد منهما فان كان الابن يقدر على العمل فالمضاربة للابن والربح له ان عمل فان عمل الاب بأمر الابن فهو متطوع وان عمل بغير أمره صار بمنزلة الغاصب لانه ليس له أن يعمل فيه بغير اذنه فصار كالاجنبى وقد قالوا فى المضارب اذا اشترى جارية فليس لرب المال أن يطأها سواء كان فيه ربح أو لم يكن اما اذا كان فيه ربح فلا شك فيه لان للمضارب فيه ملكا ولا يجوز وطء الجارية المشتركة وان لم يكن فيها ربح فللمضارب فيها حق يشبه الملك بدليل أن رب المال لا يملك منعه من التصرف ولو مات كان للمضارب أن يبيعها

فصارت كالجارية المشتركة ويجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وان لم يكن في المضاربة ربح في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة (وجه) قول زفر ان هذا بيع ماله بماله وشراء ماله بماله إذ المال ان جميعاً لرب المال وهذا لا يجوز كالوكيل مع الموكل (ولنا) أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف وملكه في حق التصرف كملك الاجنبي وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان في حق ملك الرقبة كملك الاجنبي حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الاجنبي لذلك جاز الشراء بينهما ولو اشترى المضارب داراً ورب المال شفيعها بدار أخرى بجنبها فله أن يأخذ بالشفعة لان المشترى وان كان له في الحقيقة لكنه في الحكم كأنه ليس له بدليل انه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ولهذا جاز شراؤه من المضارب ولو باع المضارب داراً من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له سواء كان في الدار المبيعة ربح وقت البيع أو لم يكن أما اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والوكيل ببيع الدار اذا باع لا يكون للموكل الاخذ بالشفعة وان كان فيها ربح فاما حصة رب المال فكذلك هو وكيل بيعها وأما حصة المضارب فلانا لو أوجبنا فيها الشفعة لتفرقت الصفقة على المشترى ولان الربح تابع لرأس المال فاذا لم تجب الشفعة في المتبوع لا تجب في التابع ولو باع رب المال داراً لنفسه والمضارب شفيعها بدار أخرى من المضاربة فان كان في يده من مال المضاربة وفاء بثمن الدار لم تجب الشفعة لانه لو أخذ بالشفعة لوقع لرب المال والشفعة لا تجب لبائع الدار وان لم يكن في يده وفاء فان لم يكن في الدار ربح فلا شفعة لانه أخذها لرب المال وان كان فيه ربح فللمضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة لان له نصيباً في ذلك فجاز أن يأخذها لنفسه ولو أن أجنبيا اشترى داراً الى جانب دار المضاربة فان كان في يد المضارب وفاء بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وان سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه لان الشفعة وجبت للمضاربة وملك التصرف في المضاربة للمضارب فاذا سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال وان لم يكن في يده وفاء فان كان في الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعا فان سلم أحدهما فللآخر أن يأخذها جميعا لنفسه بالشفعة كدار بين اثنين وجبت الشفعة لهما وان لم يكن في الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة لانه لا نصيب للمضارب فيه قال أبو يوسف اذا استأجر الرجل أجيراً كل شهر بعشرة دراهم ليشترى له ويبيع ثم دفع المستأجر الى الاجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شئ للاجير سوى الاجرة وقال محمد المضاربة جائزة ولا شئ للاجير في الوقت الذى يكون مشغولا بعمل المضاربة (وجه) قول محمد انه لما دفع اليه المضاربة فقد اتفقا على ترك الاجارة ونقضها فما دام يعمل بالمضاربة فلا أجر له ولان الاجارة شركة لهذا لا تقبل التوقيت ولو شاركه بعد ما استأجره جازت الشركة فكذا المضاربة ولابى يوسف انه لما استأجره فقد ملك عمله فاذا دفع اليه مضاربة فقد شرط للمضارب ربحاً بعمل قد ملكه رب المال وهذا لا يجوز ولان المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز أن يستوجب الربح والاجر ولا يجوز أن ينقض الاجارة بالمضاربة لان الاجارة أقوى من المضاربة لانها لازمة والمضاربة ليست بلازمة والشئ لا ينتقض بما هو أضعف منه وما ذكر محمد أن المضاربة شركة فالجواب ان الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قد ملك العمل فلا يجوز أن يستحق المضارب الربح ولان الشريك يعمل لنفسه فكانه امتنع من عمل الاجارة فيسقط عنه الاجرة بحصته والمضارب يعمل لرب المال فبقى عمله على الاجارة ولو اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبداً قيمته ألف فقتل عمدا فلرب المال القصاص لان العبد ملكه على الخصوص لا حق للمضارب فيه وان كانت قيمته ألفين لم يكن فيه قصاص وان اجتمعا لان ملك كل واحد منهما لم يتعين أما رب المال فلان رأس المال ليس هو العبد وانما هو الدراهم ولو أراد أن يعين رأس ماله في العبد كان للمضارب أن يمنعه عن ذلك حتى يبيع ويدفع اليه من الثمن واذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء رأس المال واذا لم يتعين ملكهما في العبد لم يجب القصاص لواحد منهما وان اجتمعا وتؤخذ قيمة العبد

من القاتل فى ماله فى ثلاث سنين لان القصاص سقط فى القتل العمد لمانع مع وجود السبب فتجب الدية فى ماله ويكون المأخوذ على المضاربة يشترى به المضارب ويبيع لانه بدل مال المضاربة فيكون على المضاربة كالثمن وذكر محمد فى النوادر اذا كان فى يد المضارب عبدان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل رجل أحد العبدين عمدا لم يكن لرب المال عليه قصاص لان ملك رب المال لم يتعين فى العبد المقتول على ما بينا وعلى القاتل قيمته فى ماله ويكون فى المضاربة لما قلنا والاصل ان فى كل موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضاربة وفى كل موضع وجب بالقتل مال فالمال على المضاربة لان القصاص اذا استوفى فقد هلك مال المضاربة وهلاك مال المضاربة يوجب بطلان المضاربة والقيمة بدل مال المضاربة فكانت على المضاربة كالثمن وقال محمد واذا اشترى المضارب ببعض مال المضاربة عبدا يساوى الفا فقتله رجل عمدا فلا قصاص فيه لا لرب المال ولا للمضارب ولا لهما اذا اجتمعا أما رب المال فلانه لو استوفى القصاص لا يصير مستوفيا رأس المال بالقصاص لان القصاص ليس بمال ولهذا لو عفا المريض عن القصاص كان من جميع المال واذا لم يصر به مستوفيا رأس ماله يستوفى رأس المال من بقية المال واذا استوفى تبين أن العبد كان ربحا فتبين أنه انفرد باستيفاء القصاص عن عبد مشترك (وأما) المضارب فلانه لم يتعين له فيه ملك ولا يجوز لهما الاجتماع على الاستيفاء لهذا المعنى وهو أن حق كل واحد منهما غير متعين واختلف أصحابنا فى القتل العمد اذا ادعى على عبد المضاربة انه هل يشترط حضور الولى لسماع البينة قال أبو حنيفة ومحمد عليهما الرحمة يشترط وقال أبو يوسف رحمه الله لا يشترط (وجه) قوله ان العبد فى باب القصاص مبقى على أصل الحرية بدليل أنه لو أقر به يجوز اقراره وان كذبه الولى فلا يقف سماع البينة عليه على حضور المولى كالحر (ولهما) ان هذه البينة يتعلق بها استحقاق رقبة العبد فلا تسمع مع غيبة المولى كالبينة القائمة على استحقاق الملك والبينة القائمة على جناية الخطأ وقد قالوا جميعا لو أقر العبد بقتل عمد افكذبه المولى والمضارب لزمه القصاص لان الاقرار بالقصاص مما لا يملكه المولى من عبده وهو مما يملك فيملكه العبد كالطلاق فان كان الدم بين شريكين وقد أقر به العبد فعفا أحدهما فلا شئ للآخر لان موجب الجناية انقلب مالا واقرار العبد غير مقبول فى حق المال فصار كانه أقر بجناية الخطأ فان كان رب المال صدقه فى اقراره وكذبه المضارب قيل لرب المال ادفع نصف نصيبك أوافده وان كان المضارب صدقه وكذبه رب المال قيل للمضارب ادفع نصيبك أوافده وصار كاحد الشريكين اذا أقر فى العبد بجناية وكذبه الآخر (وأما) وجوب القصاص على عبد المضاربة وان لم يجب بقتله القصاص لان عدم الوجوب بقتله لكون مستحق الدم غير متعين فاذا كان هو القاتل فالمستحق للقصاص هو ولى القتيل وانه متعين وتجوز المرابحة بين رب المال والمضارب وهو أن يشترى رب المال من مضاربه فيبيعه مرابحة أو يشترى المضارب من رب المال فيبيعه مرابحة لكن يبيعه على أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء وانما كان كذلك لان جواز شراء رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ثبت معدولا به عن القياس لما ذكرنا ان رب المال اشترى مال نفسه بمال نفسه والمضارب يبيع مال رب المال من رب المال إذ المال ماله والقياس يأبى ذلك الا انا استحسنا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك التصرف فجعل ذلك بيعا فى حقهما الا فى حق غيرهما بل جعل فى حق غيرهما ملحقا بالعدم ولان المرابحة بيع يجريه البائع من غير بينة واستحلاف فتجب صيانته عن الجناية وعن شبهة الجناية ما أمكن وقد تمكنت التهمة فى البيع بينهما لجواز ان رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته ورضى به المضارب لان الجود بمال الغير أمر سهل فكان تهمة الجناية ثابتة والتهمة فى هذا الباب ملحقة بالحقيقة فلا يبيع مرابحة الا على أقل الثمنين بيان ذلك فى مسائل اذا دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه من المضارب بألف فان المضارب يبيعه مرابحة على خمسمائة لانها أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع هو التهمة وقد زالت ولو اشترى المضارب عبدا بألف من المضاربة فباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال مرابحة بألف ومائة ان كانت

المضاربة بالنصف لان الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة فى حصة المضارب لانه لا حق فيه لرب المال فصار كان رب المال اشترى ذلك من أجنبي وتمكنت الشبهة فى حصة رب المال لانه ماله بعينه فكانه اشترى من نفسه فتسقط حصته من الربح الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء ولو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوى الفا وخمسمائة فباعها من المضارب بألف وخمسمائة فان المضارب يبيعها مرابحة بالف ومائتين وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه لما ذكرنا قال ابن سماعة فى نوادره عن محمد سمعت أبا يوسف يقول فى مسألة المضاربة وهو آخر ما قال اذا اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بمائة ورأس المال الف فى يد المضارب فان المضارب يبيعه على مائة وكذا لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال بمائة يبيعه أبدا على أقل الثمنين لانه لا تهمة فى الاقل وانما التهمة فى الزيادة فيثبت ما لا تهمة فيه ويسقط ما فيه تهمة ولو اشتراه رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة وخمسين لان المائة الزيادة على الالف ربح فنصفها للمضارب وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه فيضم حصته من الربح الى القدر الذى اشترى رب المال به ويسقط خمسمائة لانها نصيب رب المال ويسقط خمسون لانها حق رب المال من الربح فيبيعه مرابحة على خمسمائة وخمسين ولو اشتراه المضارب بستمائة باعه مرابحة بخمسمائة لانه لا فضل فى ثمنه عن رأس المال فيسقط كل الربح ويباع على أقل الثمنين والاصل أن المضارب لا يحتسب شيأ من حصة نفسه حتى يكون ما نقد أكثر من الف فيجب من حصته نصف ما زاد على الالف لانه اذا لم يزد على الف بأن اشترى بمثل رأس المال أو بأقل منه وله فى المال ربح لم يتعين له فى المشترى حق لكونه مشغولا برأس المال فلا يظهر له الربح كانه اشترى ولا ربح فى يده وعلى هذا القياس تجرى المسائل فمتى كان شراء المضارب بأقل الثمنين فان كان للمضارب حصة ضمها الى أقل الثمنين واذا اشترى رب المال من المضارب يبيعه على أقل الثمنين ويضم اليه حصة المضارب ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة ثم باعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه بألف خمسمائة رأس المال وخمسمائة حصة المضارب من الالفين لان نصيب رب المال من الثمن الف وخمسمائة فتسقط الزيادة فيها على رأس المال وهو الف ويبقى من نصيب رب المال خمسمائة ونصيب المضارب خمسمائة ورب المال فيها كالاجنبي فيبيعه مرابحة على ألف ولو كان المضارب اشتراه بألف ثم باعه من رب المال بألفين باعه رب المال بألف وخمسمائة لان الالف رأس مال رب المال وخمسمائة نصيب المضارب ورب المال فيها كالاجنبي وخمسمائة نصيب رب المال فيجب اسقاطها قال ابن سماعه وروى عن أبى يوسف أنه قال وهو قوله الآخر ان رب المال اذا اشترى عبدا بعشرة آلاف ثم باعه من المضارب بمائة باعه المضارب مرابحة على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة آلاف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال مرابحة على مائة لان البيع على أقل الثمنين لا تهمة فيه ولانه اشتراه بأقل الثمنين فلا يجوز أن يزيد على الثمن الذى اشتراه فان قيل كيف يجوز للمضارب الحط على قول أبى يوسف فالجواب انه انما لا يجوز له حطه عند أبى يوسف ومحمد لحق رب المال فاذا باعه من رب المال وحط فقد رضى رب المال بذلك فجاز (وأما) على قول أبى يوسف الاول الذى أشار اليه ابن سماعة فهو ان الحط لا يجوز لانه قال اذا كان رأس المال الفا فربح فيه الفا ثم اشترى بألفين جارية ثم باعها من رب المال بألف وخمسمائة فان رب المال يبيعها مرابحة على الف وسبعمائة وخمسين لان المضارب حط من الثمن خمسمائة نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة وهو يملك الحط فى حق نصيبه ولا يملك ذلك فى مال المضاربة فى قول أبى يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فلذلك باع مرابحة على ألف وسبعمائة وخمسين فينبغى على هذا القول اذا باع مرابحة أن يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا لان الزيادة لحقت بالثمن حكما والشراء ينصرف الى ما وقع العقد به والصحيح قوله الاخير لما ذكرنا أن عدم جواز الحط فى مال المضاربة لحق رب المال فاذا اشترى هو فقد رضى بذلك فكانه أذن للمضارب أن يبيعه بنقصان لاجنبي

وذكر محمد في كتاب المضاربة لو اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بألفين ألف رأس المال وألف ربح فان المضارب يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة يسقط من ذلك ربح رب المال ويبيع على رأس المال وربح المضارب لما بينا ولو كان رب المال اشترى العبد بخمسمائة والعبد يساوي ألفين فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه مرابحة على ألف لان رأس المال خمسمائة ونصيب المضارب من المال خمسمائة وما سوى ذلك ربح رب المال فلا يثبت حكمه على ما بينا فيما تقدم الا أن يبين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع من البيع بجميع الثمن التهمة فاذا بين فقد زالت التهمة فيجوز البيع ولو اشتراه رب المال بألف وقيمته ألف فباعه من المضارب بألفين ألف مضاربة وألف ربح فان المضارب يبيعه مرابحة على الالف لانه لما اشترى ما قيمته ألف ذهب ربحه فلم يبق له في المال حصة وصار كانه مال رب المال فباعه على رأس ماله ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة والمسألة بحالها فان المضارب يبيعه مرابحة على خمسمائة لانه لم يبق للمضارب حصة فصار اشراء مال رب المال بعضه ببعض فيبيعه على رأس المال الاول ولو كان رب المال اشتراه بالفين وقيمته ألف فباعه من المضارب بالفين فان المضارب يبيعه بالف ولا يبيعه على أكثر من ذلك لان قيمته الف فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه ولان رب المال لما باعه بألفين ما يساوي الفا وهما متهمان في حق الغير في العقد فصار كانه أخذ الفا لا على طريق البيع وباعه العبد بالف فلا يبيعه باكثر من ذلك ولو كان العبد يساوي الفا وخمسمائة والمسألة بحالها وقد اشتراه بالف وأراد المضارب ان يبيعه مرابحة باعه مرابحة على الف ومائتين وخمسين لان في العبد ربحاً للمضارب ونصيبه من الربح هو مع رب المال فيه كالاجنبي فيبيعه على أقل الثمنين مع حصة المضارب من الربح وذكر محمد في الاصل اذا اشترى المضارب عبداً بالف درهم مضاربة فباعه من رب المال بالفين ثم ان رب المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف درهم ثم اشتراه المضارب من الاجنبي بالفي درهم فاراد أن يبيعه مرابحة لم يجز له ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الا ان يبين الامر على وجهه وفي قول أبي يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الفين وهذه فريعة مسئلة أخرى مذكورة في البيوع وهي ما اذا اشترى شيأ فربح فيه ثم ملكه بشراء آخر فاراد أن يبيعه مرابحة فان عند أبي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضى من العقود وفي مسئلتنا قد ربح فيه رب المال الفي درهم لان المضارب لما اشتراه بالف وباعه من رب المال بالفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسمائة فلما باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه الفا وخمسمائة لانه قام عليه بالف وخمسمائة مقدار رأس المال ونصيب المضارب من الربح اذا ضم الى ذلك فقد ربح الفين فاذا اشتراه المضارب بالفين وجب ان يطرح الالفين من رأس المال فلا يبقى شيء ولهذا لم يجز البيع مرابحة الا بعد ان يبين وأما على قولهما فانما يعتبر العقد الاخير خاصة فالربح في العقد الاول لا يحط عن الثاني فيبيعه مرابحة على جميع الالفين ولو اشترى المضارب عبداً بالف فباعه من رب المال بالف وخمسمائة ثم باعه رب المال من أجنبي بالف وستمائة ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي بالفي درهم فاراد أن يبيعه مرابحة باعه على الف وأربعمائة على قول أبي حنيفة لان رب المال قد ربح فيه ستمائة ألا ترى ان المضارب لما اشتراه بالف باعه من رب المال بالف وخمسمائة فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون وكان رب المال اشترى بالف ومائتين وخمسين رأس المال وحصة المضارب فلما باعه بالف وستمائة فقد ربح ثلثمائة وخمسين وقد كان ربح مائتين وخمسين بربح المضارب فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن فيبقى الف وأربعمائة ولو اشترى المضارب عبداً بالف فولاه رب المال ثم ان رب المال باعه من أجنبي بالف وخمسمائة ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي مرابحة بالفين ثم ان رب المال لما حط من الاجنبي ثلثمائة فان الاجنبي يحط من المضارب أربعمائة لان رب المال لما حط من الاجنبي ثلثمائة استند ذلك الحط الى العقد فكان ذلك المقدار لم يكن فيطرح من رأس المال وتطرح حصته من الربح وقد كان الاجنبي ربح مثل ثلث الثمن فيطرح مع الثلثمائة ثلثها فيصير الحط عن المضارب أربعمائة فان أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مرابحة باعه على الف ومائتين لان رب المال ربح أربعمائة ألا ترى أنه لو باعه من

الاجنبي فربح خمسمائة ثم حط عنه ثلثمائة وهذا الحط من رأس المال والربح جميعاً مائتين من رأس المال ومائة من الربح فلما سقط من الربح مائة يبقى الربح أربعمائة فلما اشتراه المضارب بالفين ثم حط عنه أربعمائة صار شراؤه بالف وستمائة فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو أربعمائة فيبيعه على ما بقي وتجوز المرابحة بين المضارب بين كما تجوز بين المضارب ورب المال قال محمد في الاصل اذا دفع الرجل الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف ودفع الى رجل آخر الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى أحد المضاربين عبداً بخمسمائة من المضاربة فباعه من المضارب الآخر بألف فاراد الثاني أن يبيعه مرابحة باعه على خمسمائة وهو أقل الثمنين لان مال المضاربة بين رجل واحد فصار بيع أحدهما من الآخر في حق الاجانب كبيع الانسان ملكه بماله فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين ولو باعه الاول من الثاني بألفين الف من المضاربة والف من مال نفسه فان الثاني يبيعه مرابحة على الف ومائتين وخمسين لان الثاني اشترى نصفه لنفسه وقد كان الاول اشترى ذلك النصف بمائتين وخمسين فيبيعه الثاني مرابحة على الف لانه لا نصيب لواحد منهما في شراء صاحبه فصارا كالاجنبيين فاما النصف الذي اشترى الثاني بالف المضاربة فقد كان الاول اشتراه بمائتين وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على أقل الثمنين ولو كان الاول اشتراه بألف المضاربة فباعه من الثاني بألفين للمضاربة الف رأس المال والف ربح فان الثاني يبيعه مرابحة بألف وخمسمائة لانه يبيعه على أقل الثمنين وعلى حصته من الربح وأقل الثمنين الف وحصة المضارب خمسمائة ولو كان الاول اشتراه بخمسمائة والمسئلة بحالها باعه الثاني على الف لان أقل الثمنين خمسمائة وحصة المضارب خمسمائة فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين وحصة من الربح والربح في المضاربة بينهما على الشرط والوضيعة على رب المال والقول قول المضارب في دعوى الهلاك لان المال أمانة في يده (وأما) الذي يستحقه المضارب بالعمل فالذي يستحقه بعمله في مال المضاربة شيئان أحدهما النفقة والكلام في النفقة في مواضع في وجوبها وفي شرط الوجوب وفيما فيه النفقة وفي تفسير النفقة وفي قدرها وفيما تحتسب النفقة منه (أما) الوجوب فلان الربح في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعاقل لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم تجعل نفقته من مال المضاربة لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة اليها فكان اقدامهما على هذا العقد والحال ما وصفنا اذناً من رب المال للمضارب بالانفاق من مال المضاربة فكان مأذوناً في الانفاق دلالة فصار كما لو أذن له به نصاً ولانه يسافر لاجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببدل واجب له لا محالة فتكون نفقته في المال بخلاف المبضع لا يسافر بمال الغير على وجه التبرع وبخلاف الاجير لانه يعمل ببدل لازم في ذمة المستأجر لا محالة فلا يستحق النفقة وهكذا روى ابن سماعة عن محمد في الشريك اذا سافر بالمال أنه ينفق من المال كالمضارب (وأما) شرط الوجوب فخروج المضارب بالمال من المصر الذي أخذ المال منه مضاربة سواء كان المصر مصره أو لم يكن فادام يعمل به في ذلك المصر فان نفقته في مال نفسه لا في مال المضاربة وان أنفق شيأ منه ضمن لان دلالة الاذن لا تثبت في المصر وكذا اقامته في الحضر لا تكون لاجل المال لانه كان مقيما قبل ذلك فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر سواء كان خروجه بالمال مدة سفر أو أقل من ذلك حتى لو خرج من المصر يوما أو يومين فله أن ينفق من مال المضاربة كذا ذكر محمد عن نفسه وعن أبي يوسف من مكان المضاربة لوجود الخروج من المصر لاجل المال واذا انتهى الى المصر الذي قصده فان كان ذلك مصر نفسه أو كان له في ذلك المصر أهل سقطت نفقته حين دخل لانه يصير مقيما بدخوله فيه لا لأجل المال وان لم يكن ذلك مصره ولا له فيه أهل لكنه أقام فيه للبيع والشراء لا تسقط نفقته ما اقام فيه وان نوى الاقامة خمسة عشر يوما فصاعداً مالم يتخذ ذلك المصر الذي هو فيه دار اقامة لانه اذا لم يتخذه دار اقامة كانت اقامته فيه لاجل المال وان اتخذه وطناً كانت اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الاصلي فنقول الحاصل انه لا تبطل نفقة المضاربة بعد المسافرة بالمال الا بالاقامة في مصره أو في مصر يتخذه دار اقامة لما قلنا ولو خرج من المصر الذي دخله للبيع والشراء بنية العود الى المصر

الذي أخذ المال فيه مضاربة فان نفقته من مال المضاربة حتى يدخله فاذا دخله فان كان ذلك مصره أو كان له فيه أهل سقطت نفقته والا فلا حتى لو أخذ المضارب مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قد قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة له في المال ما دام بالكوفة لما قلنا فاذا خرج منها مسافرا فله النفقة حتى يأتي البصرة لان خروجه لاجل المال ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة لان البصرة وطن أصلي له فكان اقامته فيها لاجل الوطن لا لأجل المال فاذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال حتى يأتي الكوفة لان خروجه من البصرة لاجل المال وله أن ينفق أيضاً ما أقام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن اقامة وانه يبطل بالسفر فاذا عاد اليها وليس له وطن فكان اقامته فيها لاجل المال فكان نفقته فيه وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضاربة حراً كان أو عبداً أو أجيراً يخدمه أو يخدم دابته لان نفقتهم كنفقة نفسه لانه لا يتهيأ له السفر الا بهم الا ان يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم في مال المضاربة ونفقتهم على رب المال خاصة لان اعانة عبد رب المال كاعانة رب المال بنفسه ورب المال لو أعان المضارب بنفسه في العمل لم تكن نفقته في مال المضاربة كذا عبيده فأما عبد المضارب فهو كالمضارب والمضارب اذا عمل بنفسه في المال انفق عليه منه كذا عبده (وأما) ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضاربة وله أن ينفق من مال نفسه ماله ان ينفق من مال المضاربة على نفسه ويكون ديناً في المضاربة حتى كان له أن يرجع فيها لان الانفاق من المال وتدبيره اليه فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضاربة كالوصي اذا انفق على الصغير من مال نفسه أن له أن يرجع بما انفق على مال الصغير لما قلنا كذا هذا له ان يرجع بما أنفق في مال المضاربة لكن بشرط بقاء المال حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشيء كذا ذكر محمد في المضاربة لان نفقة المضارب من مال المضاربة فاذا هلك هلك بما فيه كالدين يسقط بهلاك الرهن والزكاة تسقط بهلاك النصاب وحكم الجناية يسقط بهلاك العبد الجاني (وأما) تفسير النفقة التي في مال المضاربة فالكسوة والطعام والادام والشراب وأجر الاجير وفراش ينام عليه وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه وغسل ثيابه ودهن السراج والحطب ونحو ذلك ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة لان المضارب لا بد له منها فكان الاذن ثابتاً من رب المال دلالة (وأما) ثمن الدواء والحجامة والفصد والتنور والادهان وما يرجع الى التداوي وصلاح البدن ففي ماله خاصة لا في مال المضاربة وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره في الدهن خلاف محمد انه في مال المضاربة عنده وذكر في الحجامة والاطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد انه قال على قياس قول أبي حنيفة يكون في مال المضاربة والصحيح أنه يكون في ماله خاصة لان وجوب النفقة للمضارب في المال لدلالة الاذن الثابت عادة وهذه الاشياء غير معتادة هذا اذا قضى القاضي بالنفقة يقضي بالطعام والكسوة ولا يقضي بهذه الاشياء (وأما) الفاكهة فالمعتاد منها يجري مجرى الطعام والادام وقال بشر في نوادره سألت أبا يوسف عن اللحم فقال يأكل كما كان يأكل لانه من المأكول المعتاد (وأما) قدر النفقة فهو ان يكون بالمعروف عند التجار من غير اسراف فان جاوز ذلك ضمن الفضل لان الاذن ثابت بالعادة فيعتبر القدر المعتاد وسواء سافر برأس المال أو بمتاع عن المضاربة لان سفره في الحالين لاجل المال وكذا لو سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد وعاد بالمال فنفقته ما دام مسافراً في مال المضاربة لان عمل التجارة على هذا وهو ان يتفق الشراء في وقت دون وقت ومكان دون مكان وسواء سافر بمال المضاربة وحده أو بماله ومال المضاربة ومال المضاربة لرجل أو رجلين فله النفقة غير انه ان سافر بماله ومال المضاربة أو بمالين لرجلين كانت النفقة من المالين بالحصص لان السفر لاجل المالين فتكون النفقة فيهما وان كان أخذ المالين مضاربة لرجل والآخر بضاعة لرجل آخر فنفقته في مال المضاربة لان سفره لاجله لا لاجل البضاعة لانه متبرع بالعمل بها الا أن يتبرع بعمل البضاعة فينفق من مال نفسه لانه بذل العمل في المضاربة وليس على رب البضاعة شيء الا أن يكون أذن له في النفقة منها لانه تبرع بأخذ البضاعة فلا يستحق النفقة كالمودع ولو خلط مال المضاربة بماله وقد أذن له في ذلك فالنفقة

بالحصص لان سفره لاجل المالين (وأما) ما تحتسب النفقة منه فالنفقة تحتسب من الربح أولا ان كان فى المال ربح فان لم يكن فهى من رأس المال لان النفقة جزء هالك من المال والاصل ان الهلاك ينصرف الى الربح ولانا لوجعلناها من رأس المال خاصة أو فى نصيب رب المال من الربح لازداد نصيب المضارب فى الربح على نصيب رب المال فاذا رجع المضارب الى مصره فما فضل عنده من الكسوة والطعام رده الى المضاربة لان الاذن له بالنفقة كان لاجل السفر فاذا انقطع السفر لم يبق الاذن فيجب رد ما بقى الى المضاربة وروى المعلى عن أبى يوسف اذا كان مع الرجل ألف درهم مضاربة فاشترى عبدا بألفين فأنفق عليه فهو متطوع فى النفقة لانه لم يبق فى يده شئ من رأس المال فالنفقة تكون استدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالاجنبى اذا أنفق على عبد غيره الا أن يكون القاضى أمره بذلك فان رفعه الى القاضى فأمره القاضى بالنفقة عليه فما أنفق فهو عليهما على قدر رأس المال قال أبو يوسف رحمه الله وهذه قسمة من القاضى بين المضارب وبين رب المال اذا قضى بالنفقة وانما صارت النفقة دينا بأمر القاضى لان له ولاية على الغائب فى حفظ ماله وهذا من باب الحفظ فيملك الامر بالاستدانة عليه وانما صار قضاء القاضى بالنفقة قسمة لوجود معنى القسمة وهو التعيين لان القاضى لما ألزم المضارب النفقة لاجل نصيبه فقد عين نصيبه ولا يتحقق تعيين نصيب المضارب الا بعد تعيين رأس المال وهذا معنى القسمة ولو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها ألفان فالنفقة على المضارب وعلى رب المال فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد النفقة على رب المال كذا حقق القدورى رحمه الله الاختلاف (وجه) قول محمد ان المضارب لم يتعين له ملك لان رأس المال غير متعين فكانت الجارية على حكم رب المال فكانت نفقتها عليه ويحتسب بها فى رأس ماله فى رواية عنه وفى رواية أخرى عنه يقال لرب المال انفق ان شئت (ولهما) ان نصيب المضارب من العبد على ملكه بدليل ان اعتاقه ينفذ منه فلا يجوز الزام رب المال الانفاق على ملك غيره فاذا قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه فقد تعين الربح ورأس المال فيكون قسمة لوجود معنى القسمة وعلى هذا الخلاف العبد الآبق من المضاربة اذا جاء به رجل وقيمته ألفان وليس فى يده من المضاربة غير العبد أن الجعل عليهما فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لان العبد على ملكهما وعند محمد الجعل على رب المال يحسب فى رأس ماله اذ هو زيادة فى رأس المال فاذا بيع استوفى رب المال رأس ماله والجعل وما بقى يكون بينهما على ما اشترطا من الربح قال بشر عن أبى يوسف ان الجعل لا يحتسب به فى مال المضاربة ويحتسب به فيما بين المضارب ورب المال فان كان هناك ربح فالجعل منه والا فهو وضيعة من رأس المال وانما لم يلحق الجعل برأس المال فى باب المرابحة لان الذى يلحق رأس المال فى المرابحة ما جرت عادة التجار بالحاقه به وما جرت عادتهم بالحاق الجعل ولانه نادر غير معتاد فلا يلحق بالعادة ما ليس بمعتاد وانما احتسب به فيما بين المضارب ورب المال لانه غرم لزم لاجل المال ويجوز أن يحتسب بالشئ فيما بين المضارب ورب المال ولا يلحق برأس المال فى المضاربة كنفقة المضارب على نفسه والثانى ما يستحقه المضارب بعمله فى المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى ان كان فى المضاربة ربح وانما يظهر الربح بالقسمة وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال حتى لو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فربح ألفا فاقتسما الربح ورأس المال فى يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الالف التى فى يد المضارب بعد قسمتهما الربح فان القسمة الاولى لم تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله وما قبضه المضارب دين عليه يرده الى رب المال حتى يستوفى رب المال رأس ماله ولا تصح قسمة الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال والاصل فى اعتبار هذا الشرط ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه فدل الحديث على ان قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح ولان الربح زيادة والزيادة على الشئ لا تكون الا بعد سلامة الاصل ولان المال اذا بقى فى يد المضارب فحكم المضاربة بحالها فلو صححنا قسمة الربح لثبتت قسمة الفرع قبل الاصل فهذا لا يجوز واذا لم تصح

القسمة فاذا هلك ما فى يد المضارب صار الذى اقتسماه هو رأس المال فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال فان قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولا ثم اقتسما الربح ثم رد الالف التى قبضها بعينها الى يد المضارب على أن يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة مستقبلة فان هلكت فى يده لم تنتقض القسمة الاولى لان رب المال لما استوفى رأس المال فقد انتهت المضاربة وصحت القسمة فاذا رد المال فهذا عقد آخر فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة فى غيره ولو كان الربح فى المضاربة الاولى ألفين واقتسما الربح فأخذ رب المال ألفا والمضارب ألفا ثم هلك ما فى يد المضارب فان القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من رأس المال ورد المضارب نصف الالف الذى قبض لانه لما هلك ما فى يد المضارب من رأس المال قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال رأس ماله واذا صار ذلك رأس المال تعين الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما على الشرط فيجب عليه أن يرد نصفه وكذلك ان كان قد هلك ما قبضه المضارب من الربح يجب عليه أن يرد نصفه لانه تبين انه قبض نصيب رب المال من الربح لنفسه فصار ذلك مضمونا عليه ولو هلك ما قبض رب المال لم يتعين بهلاكه شئ لان ما هلك بعد القبض يهلك فى ضمان القابض فبقاؤه وهلاكه سواء قالوا ولو اقتسما الربح ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت اليك رأس المال قبل القسمة وقال رب المال لم أقبض رأس المال قبل ذلك فالقول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه تمام رأس المال يحتسب على رأس رب المال بما قبض من رأس ماله ويتم له رأس المال بما يرده المضارب فان بقى شئ بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين وانما كان كذلك لان المضارب يدعى انهار رأس المال ورب المال ينكر ذلك والمضارب وان كان أمينا لكن القول قول الامين فى اسقاط الضمان عن نفسه لا فى التسليم الى غيره ولان المضارب يدعى خلوص ما بقى من المال والربح ورب المال يجحد ذلك فلا يقبل قول المضارب فى الاستحقاق فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت ايفاء رأس المال ولا يقال الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من ايفاء رأس المال اذ الربح لا يكون الا بعد الايفاء اذ هو شرط صحة قسمة الربح لانا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء رأس المال فى يد المضارب فلم يكن الظاهر شاهدا للمضارب وذكر ابن سماعة فى نوادره عن أبى يوسف فى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة صحيحة ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفقته والمضارب يعمل بالنفقة ويربح فيما يشترى ويبيع ثم احتسبا فانهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم يحتسبان والربح بينهما نصفان ولا يكون ما أخذ رب المال من النفقة نقصانا من رأس المال ولكنهما يحتسبان رأس المال ألفا من جميع المال وما بقى من ذلك فهو بينهما نصفان لانا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال رأس ماله يوجب بطلان المضاربة وهما لم يقصدا ابطالها فيجعل رأس المال فيما بقى لئلا يبطل هذا اذا كان فى المضاربة ربح فان لم يكن فيها ربح فلا شئ للمضارب لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط وهو الربح ولم يوجد (وأما) الذى يستحقه رب المال فالربح المسمى اذا كان فى المال ربح وان لم يكن فلا شئ له على المضارب هذا كله حكم المضاربة الصحيحة (وأما) حكم المضاربة الفاسدة فليس للمضارب أن يعمل شيأ مما ذكرنا ان له أن يعمل فى المضاربة الصحيحة ولا يثبت بها شئ مما ذكرنا عن أحكام المضاربة الصحيحة ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى وانما له أجر مثل عمله سواء كان فى المضاربة ربح أولم يكن لان المضاربة الفاسدة فى معنى الاجارة الفاسدة والاجير لا يستحق النفقة ولا المسمى فى الاجارة الفاسدة وانما يستحق أجر المثل والربح كله يكون لرب المال لان الربح نماء ملكه وانما يستحق المضارب شطر منه بالشرط ولم يصح الشرط فكان كله لرب المال والخسران عليه والقول قول المضارب فى دعوى الهلاك والضياع والهلاك فى المضاربة الفاسدة مع عينه هكذا ذكر فى ظاهر الرواية وجعل المال فى يده أمانة كما فى المضاربة الصحيحة وذكر الطحاوى فيه اختلافا وقال لا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة وعندهما يضمن كما فى الاجير المشترك اذا هلك المال فى يده

فصل

﴿ فصل ﴾ وأما صفة هذا العقد فهو انه عقد غير لازم ولكل واحد منهما أعنى رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه لما ذكرنا فى كتاب الشركة ويشترط أيضاً أن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ دراهم أو دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عروض وقت النهى لم يصح نهيه وله أن يبيعها لانه يحتاج الى بيعها بالدراهم والدنانير ليظهر الربح فكان النهى والفسخ ابطالا لحقه فى التصرف فلا يملك ذلك وان كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهى صح الفسخ والنهى لكن له أن يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لان ذلك لا يعد بيعاً لاتحادهما فى الثمنية

﴿ فصل ﴾ وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال فان اختلفا فى العموم والخصوص فالقول قول من يدعى العموم بان ادعى أحدهما المضاربة فى عموم التجارات أو فى عموم الامكنة أو مع عموم من الاشخاص وادعى الآخر نوعا دون نوع ومكانا دون مكان وشخصاً دون شخص لان قوله من يدعى العموم موافق للمقصود بالعقد اذ المقصود من العقد هو الربح وهذا المقصود فى العموم أوفر وكذلك لو اختلفا فى الاطلاق والتقييد فالقول قول من يدعى الاطلاق حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر فى الحنطة دون ما سواها وقال المضارب ما سميت لى تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع يمينه لان الاطلاق أقرب الى المقصود بالعقد على ما بينا وقال الحسن بن زياد ان القول قول رب المال فى الفصلين جميعاً وقيل انه قول زفر (وجهه) ان الاذن يستفاد من رب المال فكان القول فى ذلك قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعى العموم فى دعوى العموم والخصوص لانها تثبت زيادة وفى دعوى التقييد والاطلاق البينة بينة مدعى التقييد لانها تثبت زيادة فيه وبينة الاطلاق ساكتة ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا فى ذلك الخاص فقال رب المال دفعت المال اليك مضاربة فى البز وقال المضارب فى الطعام فالقول قول رب المال فى قولهم جميعاً لانه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لاستوائهما فى ذلك فترجح بالاذن وانه يستفاد من رب المال فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لان بينته مثبتة وبينة رب المال نافية لانه لا يحتاج الى الاثبات والمضارب يحتاج الى الاثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولى وقد قالوا فى البينتين اذا تعارضتا فى صفة الاذن وقد وقتتا ان الوقت الاخير أولى لان الشرط الثانى ينقض الاول فكان الرجوع اليه أولى وان اختلفا فى قدر رأس المال والربح فقال رب المال كان رأس مالى ألفين وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لى نصف الربح فان كان فى يد المضارب ألف درهم يقر انها مال المضاربة فالقول قول المضارب فى ان رأس المال ألف والقول قول رب المال انه شرط ثلث الربح وهذا قول أبى حنيفة الآخر وهو قول أبى يوسف ومحمد وكان قوله الاول ان القول قول رب المال فى الامرين جميعاً وهو قول زفر (وجه) قوله الاول ان الربح يستفاد من أصل المال وقد اتفقا على ان جملة المال مضاربة وادعى المضارب استحقاقا فيها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف ما اذا قال المضارب بعض هذه الالفين خلطته بها أو بضاعة فى يدى لانهما ما اتفقا على ان الجميع مال المضاربة ومن كان فى يده شئ فالقول قوله (وجه) قوله الآخر ان القول فى مقدار رأس المال قول المضارب لانهما اختلفا فى مقدار المقبوض فكان القول قول القابض ألا ترى انه لو أنكر القبض أصلا وقال لم أقبض منك شيأ كان القول قوله فكذا اذا أنكر البعض دون البعض وانما كان القول قول رب المال فى مقدار الربح لان شرط الربح يستفاد من قبله فكان القول فى مقدار المشروط قوله ألا ترى انه لو أنكر الشرط رأسا فقال لم أشرط لك ربحاً وانما دفعت اليك بضاعة كان القول قوله فكذا اذا أقر بالبعض دون البعض واذا كان القول قول المضارب فى قدر رأس المال فى قوله الاخير فالقول قول رب المال فى مقدار الربح فى قولهم يجعل رأس المال ألف درهم ويجعل للمضارب ثلث الالف الاخرى فلا يقبل قول رب المال فى زيادة رأس المال ولا يقبل قول المضارب فى زيادة شرط الربح وعلى قوله الاول يأخذ رب المال الالفين جميعاً وان كان فى يده ثلاثة آلاف درهم والمسئلة بحالها أخذ رب المال ألف درهم على قوله الاخير

واقتسما ما بقى من المال أثلاثا وعلى قوله الاول يأخذ رب المال ألفى درهم و يأخذ ثلثى الالف الاخرى لما بينا وان كان فى يد المضارب قدر ما ذكر انه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن فى يده أكثر مما أقر فالقول قول المضارب عندهم جميعاً لانه لا سبيل الى قبول قول رب المال فى ايجاب الضمان على المضارب فان جاء المضارب بثلاثة آلاف فقال ألف رأس المال وألف ربح وألف وديعة لآخر أو مضاربة لآخر أو بضاعة لآخر أو شركة لآخر أو على ألف دين فالقول فى الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب فى الاقاويل كلها لان من فى يده شئ فالظاهر انه له الا أن يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال بهذه الالف فكان القول قوله فيها وكل من جعلنا القول قوله فى هذا الباب فهو مع يمينه ومن أقام منهما بينة على ما يدعى من فضل فالبينة بينة كل واحد منهما تثبت زيادة فبينة رب المال تثبت زيادة فى رأس المال و بينة المضارب تثبت زيادة فى الربح وقال محمد رحمه الله اذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب بل شرطت لى الثلث فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها الا فساد العقد فلا يقبل قوله وان قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لانها تثبت زيادة شرط ولو قال رب المال شرطت لك الثلث الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لى الثلث فالقول قول رب المال لانه أقر له ببعض الثلث والمضارب يدعى تمام الثلث فلا يقبل قوله فى زيادة شرط الربح وفى هذا نوع اشكال وهو ان المضارب يدعى صحة العقد ورب المال يدعى فساده فينبغى أن يكون القول قول المضارب والجواب ان دعوى رب المال وان تعلق به فساد العقد لكنه منكر لزيادة يدعيها المضارب فيعتبر انكاره لانه مفيد فى الجملة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لى مائة درهم أو لم تشترط لى شيأ ولى أجر المثل فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى أجرا واجبا فى ذمة رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله فان أقام رب المال البينة على شرط النصف وأقام المضارب البينة على انه لم يشترط له شيأ فالبينة بينة رب المال لانها مثبتة للشرط و بينة المضارب نافية والمثبتة أولى ولو أقام المضارب البينة انه شرط له مائة درهم فبينته أولى لان البينتين استويا فى اثبات الشرط و بينة المضارب أوجبت حكما زائدا وهو ايجاب الاجر على رب المال فكانت أولى وذكر الكرخى رحمه الله انهم جعلوا حكم المزارعة فى هذا الباب حكم المضاربة الا فى هذا الفصل خاصة وهو انه اذا أقام رب الارض والبذر البينة على انه شرط للعامل نصف الخارج وقال العامل شرطت لى مائة قفيز فالبينة بينة الدافع وفى المضاربة البينة بينة المضارب والفرق بينهما ان المزارعة عقد لازم فى جانب العامل بدليل ان من لا بذر له من جهته لو امتنع من العمل يجبر عليه فرجحنا بينة من يدعى الصحة والمضاربة ليست بلازمة فان المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر عليه فلم يقع الترجيح بالتصحيح فرجحنا بايجاب الضمان وهو الاجر ولو قال رب المال دفعت اليك بضاعة وقال المضارب مضاربة بالنصف أو مائة درهم فالقول قول رب المال لان المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله انه لم يشترط ولان المضارب يدعى استحقاقا فى مال الغير فالقول قول صاحب المال ولو قال المضارب أقرضتنى المال والربح لى وقال رب المال دفعت اليك مضاربة أو بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى عليه التمليك وهو منكر فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت التمليك ولانه لا تنافى بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة ثم أقرضه ولو قال المضارب دفعت الى مضاربة وقال رب المال أقرضتك فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على أن الاخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لانها تثبت أصل الضمان ولو جحد المضارب المضاربة أصلا ورب المال يدعى دفع المال اليه مضاربة فالقول قول المضارب لان رب المال يدعى عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله ولو جحد ثم أقر فقد قال ابن سماعة فى نوادره سمعت أبا يوسف قال فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع الى شيأ ثم قال بلى استغفر الله العظيم قد دفعت الى ألف درهم مضاربة فهو ضامن للمال لانه أمين والامين اذا جحد الامانة ضمن كالمودع وهذا لان عقد

المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جائز محتمل للفسخ فكان جحوده فسخا له أو رفعا له واذا ارتفع العقد صار المال مضمونا عليه كالوديعة فان اشترى بها مع الجحود كان مشتريا بالنفسه لانه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضاربة لان من حكم المضارب أن يكون المال أمانة في يده فاذا صار ضمينا لم يبق أمينا فان أقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان لان العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود الا بسبب جديد فان اشترى بها بعد الاقرار فالقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه لانه قد ضمن المال بجحوده فلا يبرأ منه بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة ويبرأ من الضمان لان الامر بالشراء لم يرتفع بالجحود بل هو قائم مع الجحود لان الضمان لا ينافي الامر بالشراء بدليل ان من غصب من آخر شيئا فأمر المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب أو بالشراء به صح الامر وان كان المغصوب مضمونا على الغاصب واذا بقي الامر بعد الجحود فاذا اشترى بموجب الامر وقع الشراء للآمر ولن يقع الشراء له الا بعد انتفاء الضمان وصار كالغاصب اذا باع المغصوب بأمر المالك وسلم انه يبرأ من الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضمونا عليه فلا يبرأ من الضمان بفعله قلنا العين المضمونة يجوز أن يبرأ الضامن منها بفعله كالمغصوب منه اذا أمر الغاصب أن يجعل المغصوب في موضع كذا أو يسلمه الى فلان انه يبرأ بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع الى رجل ألف درهم فأمره أن يشتري بها عبدا فجحده الالف ثم أقر بها ثم اشترى جاز الشراء ويكون للآمر وبرئ الجاحد من الضمان ولو اشترى بها عبدا ثم أقر لم يبرأ عن الضمان وكان الشراء له لما ذكرنا في المضارب ولو دفع اليه ألفا وأمره أن يشتري بها عبدا بعينه ثم جحد الالف ثم اشترى بها العبد ثم أقر بالالف فان العبد للآمر لان الوكيل بشراء العبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فتعين أن يكون الشراء للآمر فصار كأنه أقر ثم اشترى بخلاف المضارب لانه يملك أن يشتري لنفسه فلا يحمل على الشراء لرب المال الا أن يقر بالمال قبل الشراء وقال أبو يوسف في المأمور ببيع العبد اذا جحده اياه فادعاه لنفسه ثم أقر له به ان البيع جائز وهو برئ من ضمانه وكذلك لو دفع اليه عبدا فأمره أن يهبه لفلان فجحده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فباعه ان البيع جائز وهو برئ من ضمانه وكذلك ان أمره بعتقه فجحده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فأعتقه جاز عتقه لما ذكرنا ان الامر بعد الجحود قائم فاذا جحد ثم أقر فقد تصرف بأمر رب المال فيبرأ من الضمان ولو باع العبد أو وهبه أو أعتقه ثم أقر بذلك بعد البيع قال ابن سماعة ينبغي في قياس ما اذا دفع اليه ألفا وأمره أن يشتري بها عبدا بعينه انه يجوز ويلزم الآمر لانه لا يملك أن يبيع العبد لنفسه وقال هشام سمعت محمدا قال في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فجاء بألف وخمسمائة فقال هذه الالف رأس المال وهذه الخمسمائة ربح وسكت ثم قال علي دين فيه لفلان كذا كذا قال محمد القول قول المضارب وقال الحسن بن زياد اذا أقر المضارب انه عمل بالمال وان في يده عشرة آلاف وعلى فيها دين ألف أو ألفان فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله مع يمينه يدفع الدين منه سمى صاحبه أو لم يسمه وان سكت سكتة ثم أقر بذلك وسمى صاحبه أو لم يسمه لم يصدق قال وهذا قياس قول أبي حنيفة وهذا الذي ذكره الحسن يخالف ما قال محمد (ووجهه) انه اذا قال في يدي عشرة آلاف وسكت فقد أقر بالربح فاذا قال على دين ألف فقد رجع عما أقر به لان الربح لا يكون الا بعد قضاء الدين والاقرار اذا صح لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف ما اذا قال ذلك متصلا لان الاقرار لم يستقر بعد وكان بمنزلة الاستثناء (وجه) قول محمد ان أقر بالدين في حال يملك الاقرار به فينفذ اقراره كما اذا قال هذا ربح وعلى دين وقوله ان قوله على دين بعد ما سكت يكون رجوعا عما أقر به من الربح ممنوع فانه يجوز انه ربح ثم لزمه الدين ألا ترى ان الرجل يقول قد ربحت ولزمني دين وهو يملك الاقرار بالدين فاذا أقر به صح ولو جاء المضارب بألفين فقال ألف رأس المال وألف ربح ثم قال ما أربح الا خمسمائة ثم هلك المال كله في يد المضارب فان المضارب يضمن الخمسمائة التي جحدها ولا ضمان عليه في باقي المال لان الربح أمانة في يده فاذا جحده فقد صار غاصبا بالجحود فيضمن اذا هلك ولو قال المضارب لرب المال قد دفعت اليك رأس مالك والذي بقي في يدي ربح ثم رجع فقال لم أدفعه اليك ولكن هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه الى رب المال لانه صار

جاحدا بدعوى الدفع فيضمن بالجحود وكذلك لو اختلفا فى الربح ثم رجع فقال لم أدفعه اليك ولكنه هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه الى رب المال لما بينا ولو اختلفا فى الربح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت الى النصف ثم هلك المال فى يد المضارب قال محمد يضمن المضارب السدس من الربح يؤديه الى رب المال من ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك لانا قد بينا أن القول فى شرط الربح قول رب المال واذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعى النصف ومن ادعى أمانة فى يده ضمنها لذلك يضمن سدس الربح والله عز وجل الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة فعقد المضاربة يبطل بالفسخ و بالنهى عن التصرف لكن عند وجود شرط الفسخ والنهى وهو علم صاحبه بالفسخ والنهى وأن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ والنهى فان كان متاعا لم يصح وله أن يبيعه بالدراهم والدنانير حتى ينض كما ذكرنا فيما تقدم وان كان عينا صح لكن له صرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم بالبيع لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعا لتجانسهما فى معنى الثمنية وتبطل بموت أحدهما لان المضاربة تشتمل على الوكالة والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل وسواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم لانه عزل حكمى فلا يقف على العلم كما فى الوكالة الا أن رأس المال اذا صار متاعا فللوكيل أن يبيع حتى يصير ناضا لما بينا وتبطل بجنون أحدهما اذا كان مطبقا لانه يبطل أهلية الامر للآمر وأهلية التصرف للمأمور وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة وقد تقدم فى كتاب الوكالة تفصيله ولو ارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ كله والتحقت ردته بالعدم فى جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلا وكذلك ان لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التى يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه بطلت المضاربة من يوم ارتد على أصل أبى حنيفة عليه الرحمة أن ملك المرتد موقوف ان مات أو قتل أو لحق فحكم باللحوق يزول ملكه من وقت الردة الى ورثته و يصير كأنه مات فى ذلك الوقت فيبطل تصرف المضارب بأمره لبطلان أهلية الامر و يصير كأنه تصرف فى ملك الورثة فان كان رأس المال يومئذ قائما فى يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فالمشترى و ربحه يكون له لانه زال ملك رب المال عن المال فينعزل المضارب عن المضاربة فصار متصرفا فى ملك الورثة بغير أمرهم وان كان صار رأس المال متاعا فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى ينض رأس المال لما ذكرنا فى هذه الحالة لا ينعزل بالعزل والنهى ولا بموت رب المال فكذلك ردته فان حصل فى يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم أو حصل فى يده دراهم ورأس المال دنانير فالقياس أن لا يجوز له التصرف لان الذى حصل فى يده من جنس رأس المال معنى لاتحادهما فى الثمنية فيصير كأن عين المال قائم فى يده الا انهم استحسنوا فقالوا ان باعه بجنس رأس المال جاز لان على المضارب ان يرد مثل رأس المال فكان له ان يبيع ما فى يده كالعروض وأما على أصل أبى يوسف ومحمد فالردة لا تقدح فى ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب بعد ردة رب المال كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عندهما فان مات رب المال أو قتل كان موته كموت المسلم فى بطلان عقد المضاربة وكذلك ان لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه لان ذلك بمنزلة الموت بدليل ان ماله يصير ميراثا لورثته فبطل أمره فى المال فان لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها فى قولهم جميعا لان وقوف تصرف رب المال بنفسه لوقوف ملكه ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم توجد منه الردة فبقيت المضاربة الا انه لا عهدة على المضارب وانما العهدة على رب المال فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لان العهدة تلزم بسبب المال فتكون على رب المال وصار كما لو وكل صبيا محجورا أو عبدا محجورا فاما على قولهما فالعهدة عليه لان تصرفه كتصرف المسلم وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته فى الردة كموته قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضى بلحوقه لان ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته فى بطلان تصرفه فان لحق المضارب

بدار الحرب بعد ردته فباع واشترى هناك ثم رجع مسلماً فجميع ما اشترى و باع فى دار الحرب يكون له ولا ضمان عليه فى شئ من ذلك لانه لما لحق بدار الحرب صار كالحربى اذا استولى على مال انسان ولحق بدار الحرب انه يملكه فكذا المرتد وأما ارتداد المرأة وعدم ارتدادها سواء فى قولهم جميعاً سواء كان المال لها أو كانت مضاربة لان ردتها لا تؤثر فى ملكها الا ان تموت فتبطل المضاربة كما لو ماتت قبل الردة أو لحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها لما ذكرنا ان ذلك بمنزلة الموت وتبطل بهلاك مال المضاربة فى يد المضارب قبل ان يشترى به شيئاً فى قول أصحابنا لانه تعين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة وكذلك لو استهلكه المضارب أو أنفقه أو دفعه الى غيره فاستهلكه لما قلنا حتى لا يملك ان يشترى به شيئاً للمضاربة فان أخذ مثله من الذى استهلكه كان له ان يشترى به على المضاربة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لانه أخذ عوض رأس المال فكان أخذ عوضه بمنزلة اخذ ثمنه فيكون على المضاربة وروى ابن رستم عن محمد انه لو أقرضها المضارب رجلا فان رجع اليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة لانه وان تعدى يضمن لكن زال التعدى فيزول الضمان المتعلق به وان أخذ مثلها لم يرجع فى المضاربة لان الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان وهذا يخالف ما رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة فى الاستهلاك هذا اذا هلك مال المضاربة قبل ان يشترى المضارب شيئاً فان هلك بعد الشراء بان كان مال المضاربة ألفاً فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتى هلكت الالف فقد قال أصحابنا الجارية على المضاربة و يرجع على رب المال بالالف فيسلمها الى البائع وكذلك ان هلكت الثانية التى قبض يرجع بمثلها على رب المال وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبداً حتى يسلم الى البائع و يكون ما دفعه أولا رب المال وما غرم كله من رأس المال وانما كان كذلك لان المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل غير ان الفرق بين الوكيل والمضارب ان الوكيل اذا هلك الثمن فى يده فرجع بمثله الى الموكل ثم هلك الثانى لم يرجع على الموكل والمضارب يرجع فى كل مرة و وجه الفرق ان الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل لان المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع لا الربح فاذا اشترى فقد حصل المقصود فانتهى عقد الوكالة بانتهائه و وجب على الوكيل الثمن للبائع فاذا هلك فى يده قبل ان ينقده البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه فاذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له عليه شئ آخر فاما المضاربة فانها لا تنتهى بالشراء لان المقصود منها الربح ولا يحصل الا بالبيع والشراء مرة بعد أخرى فاذا بقى العقد فكان له ان يرجع ثانياً وثالثاً وما غرم رب المال مع الاول يصير كله رأس المال لانه غرم لرب المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولان المقصود من هذا العقد هو الربح فلو لم يصر ما غرم رب المال من رأس المال و يهلك مجانا يتضرر به رب المال لانه يخسر و يربح المضارب وهذا لا يجوز ولو قبض المضارب الالف الاولى فتصرف فيها حتى صارت ألفين ثم اشترى بها جارية قيمتها ألفان فهلكت الالفان قبل ان ينقدها البائع فانه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة و يغرم المضارب من ماله خمسمائة وهى حصته من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب خاصه وثلاثة أرباعها على المضاربة ورأس المال فى هذه الثلاثة الارباع ألفان وخمسمائة وانما كان كذلك لانه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشتراها ارباعا ربعها للمضارب وثلاثة أرباعها لرب المال لانه اشتراها بعد ما ظهر ملك المضارب فى الربح لانه اشتراها بالفين ورأس المال ألف فحصة رب المال من الربح خمسمائة وحصة المضارب خمسمائة فما اشتراه لرب المال رجع عليه وما اشتراه لنفسه فضمانه عليه وانما خرج ربع الجارية من المضاربة لان القاضى لما الزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا يتعين الا بالقيمة فخرج الربح من المضاربة و بقى الباقى على ما كان عليه وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة فصار ذلك زيادة فى رأس المال فصار رأس المال ألفين وخمسمائة فان بيعت هذه الجارية باربعة آلاف منها للمضارب ألف لان ذلك حصته من الربح فكان ملكه و بقى ثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال منها ألفان وخمسمائة رأس ماله يبقى ربح خمسمائة

فيكون بينهما نصفين على الشرط ولوكانت الجارية تساوى ألفين والشراء بألف وهى مال المضاربة فضاعت غرمها رب المال كلها لان الشراء اذا وقع بألف فقد وقع بثمن كله رأس المال وانما يظهر الربح فى الثانى فيكون الضمان على رب المال بخلاف الفصل الاول فان هناك الشراء وقع بالفين فظهر ربح المضارب وهلك ربع الجارية فيغرم حصة ذلك الربع من الثمن و روى عن محمد فى المضارب اذا اشترى جارية بالفى درهم الف ربح وقيمتها ألف فضاعت الالفان قبل ان ينقدها البائع أنه على ان على المضارب الربع وهو خمسمائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بينا قال محمد ولو اشترى جارية تساوى ألفين بامة تساوى ألفاً وقبض التى اشتراها ولم يدفع امته حتى ماتتا جميعاً فى يده فانه يغرم قيمة التى اشترى وهى ألف يرجع بذلك على رب المال لان المضمون عليه قيمة الجارية التى اشتراها ولا فضل فى ذلك عن رأس المال وهذا انما يجوز وهوان يشترى المضارب جارية قيمتها ألف بالفين اذا كان رب المال قال له اشتر بالقليل والكثير والا فشراء المضارب على هذا الوجه لا يصح فى قولهم جميعاً وذكر ابن سماعه عن محمد فى موضع آخر فى نوادره فى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف فاشترى بثلاثة آلاف ثلاثة اعبد قيمة كل واحد ألف ولم ينقد المال حتى ضاع قال يغرم ذلك كله على رب المال و يكون رأس المال أربعة آلاف لان المضارب لم يتعين له ملك فى واحد من العبيد لان كل واحد منهم يجوز ان يكون رأس المال لهذا لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع بجميع ثمنهم وقد علل محمد لهذا فقال من قبل ان المضارب لم يكن يجوز عتقه فى شيء من العبيد وهذا يخالف ما ذكره الكرخى فانه قال ان محمدا يعتبر المضمون على المضارب الذى يغرمه دون ما وجب عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام ان المضارب اذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك كان المعتبر ما يجب عليه ضمانه فان كان ما يضمنه زائداً على رأس المال كان على المضارب حصة ذلك والا فلا وهذا بخلاف الاول لانا اذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال فاما ان يجعل عن محمد روايتان أو يكون الشرط فيما صار مضموناً على المضارب ان يتعين حقه فيه وهنا وان ضمن فانه لم يتعين حقه فيه وأما تعليله بعدم نفاذ العتق فلا يطرد لانه لو اشترى بالالفين جارية تساوى ألفاً يضمن وان لم ينفذ عتقه فيه الا ان يكون جعل نفوذ العتق فى الجارية المشتراة بالفين وقيمتها ألفان عليه لوجوب الضمان عليه فما لا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة فلا يلزمه طرده فى جميع المواضع وقال محمد اذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم وهى مال المضاربة ففقد المال فقال رب المال اشتريته على المضاربة ثم ضاع المال وقال المضارب اشتريته بعد ما ضاع وانا أرى ان المال عندى فاذا قد ضاع قبل ذلك فالقول قول المضارب لان الاصل فى كل من يشترى شيئاً أنه يعتبر مشترياً لنفسه ولان الحال يشهد به أيضاً وهو هلاك المال فكان الظاهر شاهداً للمضارب فكان القول قوله وذكر محمد فى المضاربة الكبيرة اذا اختلفا وقال رب المال ضاع قبل ان تشترى الجارية وانما اشتريتها لنفسك وقال المضارب ضاع المال بعد ما اشتريتها وأنا أريد ان آخذك بالثمن ولا أعلم متى ضاع فالقول قول رب المال مع يمينه وعلى المضارب البينة انه اشترى والمال عنده انما ضاع بعد الشراء لان رب المال ينفى الضمان عن نفسه والمضارب يدعى عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعى وقوع العقد له ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهو الهلاك شهد لرب المال فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت الضمان فكانت أولى واذا انفسخت المضاربة ومال المضاربة ديون على الناس وامتنع عن التقاضى والقبض فان كان فى المال ربح أجبر على التقاضى والقبض وان لم يكن فيه ربح لم يجبر عليهما وقيل له أحل رب المال بالمال على الغرماء لانه اذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الاجير والاجير مجبور على العمل فيما التزم وان لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلاء فلا يجبر على اتمام العمل كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن غير انه يؤمر المضارب أو الوكيل ان يحيل رب المال على الذى عليه الدين حتى يمكنه قبضه لان حقوق العقد راجعة الى العاقد فلا تثبت ولاية القبض للآمر الا بالحوالة من العاقد فيلزمه ان يحيله بالمال حتى لا يتوى حقه ولو ضمن العاقد

لرب المال هذا الدين الذى عليه لم يجز ضمانه لان العاقد قد جعله أميناً فلا يملك ان يجعل نفسه ضميناً فيما جعله العاقد أميناً ولومات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف فانه يعود ديناً فيما خلف المضارب وكذا المودع والمستعير والمستبضع وكل من كان المال فى يده امانة اذا مات قبل البيان ولا تعرف الامانة بعينها فانه يكون عليه ديناً فى تركته لانه صار بالتجهيل مستهلكا للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم الى رب المال ولو عين الميت المال فى حال حياته أو علم ذلك يكون ذلك امانة فى يد وصيه أو فى يد وارثه كما كان فى يده و يصدقون على الهلاك والدفع الى صاحبه كما يصدق الميت فى حال حياته والله عز وجل أعلم

كتاب الهبة

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى ثلاثة مواضع فى بيان ركن الهبة وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم الهبة أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر وفى قول قال القبض أيضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشئ لفلان فوهبه منه فلم يقبل انه يحنث استحسانا وعند زفر لا يحنث مالم يقبل وفى قول مالم يقبل و يقبض وأجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع هذا الشئ لفلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث وعلى هذا الخلاف اذا قال رجل لآخر وهبت هذا الشئ منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت فالقول قول المقر عندنا وعنده القول قول المقر له وأجمعوا على انه لو قال بعت هذا الشئ منك فلم تقبل فقال المقر له لا بل قبلت ان القول قول المقر له (وجه) القياس ان الهبة تصرف شرعى والتصرف الشرعى وجوده شرعا باعتباره وهو انعقاده فى حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الايجاب فلا يكون نفس الايجاب هبة شرعا لهذا أمكن الايجاب بدون القبول تبعا كذا هذا (وجه) الاستحسان ان الهبة فى اللغة عبارة عن مجرد ايجاب المالك من غير شريطة القبول وانما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها فى نفسها فاذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الاحكام والدليل على ان وقوع التصرف هبة لا يتقف على القبول ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروى ان الصعب بن جثامة أهدى الى النبى عليه الصلاة والسلام حمار وحش وهو بالابواء وفى رواية بودان فرده النبى عليه الصلاة والسلام وقال لولا انا حرام والا لقبلنا فقد أطلق الراوى اسم الاهداء بدون القبول والاهداء من الفاظ الهبة وروى ان سيدنا أبا بكر الصديق رضى الله عنه دعى سيدتنا عائشة رضى الله عنها فى مرض موته فقال لها انى كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتيه ولا حزتيه وانما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق رضى الله عنه اسم النحلى بدون القبض والنحلى من ألفاظ الهبة فثبت ان الهبة فى اللغة عبارة عن نفس ايجاب الملك والاصل ان معنى التصرف الشرعى هو مادل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فانه اسم الايجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر فما لم يوجدا لا يتسم التصرف بسمة البيع ولان المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء باظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه (فأما) القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والملك محكوم شرعى ثبت جبرا من الله تعالى شاء العبد أو أبى فلا يتصور منع النفس عنه أيضا بخلاف البيع فانه وان منع نفسه عن فعله وهو الايجاب الا أن الايجاب هناك لا يصير تبعا بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعا فالايجاب هو أن يقول الواهب وهبت هذا الشئ لك أو ملكته منك أو جعلته لك أو هو لك أو أعطيته أو نحلته أو أهديته اليك أو أطعمتك هذا الطعام أو حملتك على هذه الدابة ونوى به الهبة (أما) قوله وهبت لك فصريح فى الباب وقوله ملكتك يجرى مجرى الصريح أيضا لان تمليك العين للحال من

غير عوض هو تفسير الهبة وكذا قوله جعلت هذا الشئ لك وقوله هو لك لان اللام المضاف الى من هو أهل للملك للتمليك فكان تمليك العين فى الحال من غير عوض وهو معنى الهبة وكذا قوله أعطيتك لان العطية المضافة الى العين فى عرف الناس هو تمليكها للحال من غير عوض وهذا معنى الهبة وكذا يستعمل الاعطاء استعمال الهبة يقال أعطاك الله كذا ووهبك بمعنى والنحلة هى العطية يقال فلان نحل ولده نحلى أى أعطاه عطية والهبة بمعنى العطية وقوله أطعمتك هذا الطعام فى معنى أعطيتك وقوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الهبة ويحتمل العارية فانه روى أن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنهما حمل رجلا على دابة ثم رآها تباع فى السوق فأراد أن يشتريها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا ترجع فى صدقتك فاحتمل تمليك العين واحتمل تمليك المنافع فلا بد من النية للتعيين ولو قال منحتك هذا الشئ أو قال هذا الشئ لك منحة فهذا لا يخلو اما أن يكون ذلك الشئ مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك واما أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه فان كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك كالدار والثوب والدابة والارض بان قال هذه الدار لك منحة أو هذا الثوب أو هذه الدابة أو هذه الارض فهو عارية لان المنحة فى الاصل عبارة عن هبة المنفعة أو ماله حكم المنفعة وقد أضيف الى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى واللبس والركوب والزراعة لان منفعة الارض زراعتها فكان هذا تمليك المنفعة من غير عوض وهو تفسير الاعارة وكذا اذا قال لارض بيضاء هذه الارض لك طعمة كان عارية لان عين الارض مما لا يطعم وانما يطعم ما يخرج منها فكان طعمة الارض زراعتها فكان ذلك حينئذ اعارة ولصاحبها أن يأخذها اذا لم يكن فيها زرع وان كان فيها زرع فالقياس أن يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس وفى الاستحسان يترك الى وقت الحصاد باجر المثل وسنذكر وجهها فى كتاب العارية ولو منحه شاة حلوبا أو ناقة حلوبا أو بقرة حلوبا وقال هذه الشاة لك منحة أو هذه الناقة أو هذه البقرة كان عارية وجاز له الانتفاع بلبنها لان اللبن وان كان عينا حقيقة فهو معدود من المنافع عرفا وعادة فأعطى له حكم المنفعة كأنه أباح له شرب اللبن فيجوز له الانتفاع بلبنها وكذلك لو منحه جديا أو عناقا كان له عارية لان الجدى بعرض أن يصير فحلا والعناق حلوبا وان عنى بالمنحة الهبة فى هذه المواضع على فهو ما عنى لانه نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه وان كان مما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك كالمأكول والمشروب والدراهم والدنانير بأن قال هذا الطعام لك منحة أو هذا اللبن أو هذه الدراهم والدنانير كان هبة لان المنحة المضافة الى ما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك لا يمكن حملها على هبة المنفعة فيحمل على هبة العين وهى تمليكها وتمليك العين للحال من غير عوض هو تغيير الهبة هذا اذا كان الايجاب مطلقا عن القرينة فأما اذا كان مقرونا بقرينة فالقرينة لا تخلو (اما) ان كان وقتا (واما) ان كان شرطا (واما) ان كان منفعة فان كان وقتا بأن قال أعمرتك هذه الدار أو صرح فقال جعلت هذه الدار لك عمرى أو قال جعلتها لك عمرك أو قال هى لك عمرك أو حياتك فاذا مت أنت فهى رد على أو قال جعلتها لك عمرى أو حياتى فاذا مت أنا فهى رد على ورثتى فهذا كله هبة وهى للمعمر له فى حياته ولورثته بعد وفاته والتوقيت باطل والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها فان من أعمر شيأ فانه لمن أعمره وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها لا يرجع الى الذى أعطاها لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أعمر عمرى حياته فهى له ولعقبه يرثها من يرثه بعده فدلت هذه النصوص على جواز الهبة وبطلان التوقيت لان قوله جعلت هذه الدار لك أو هى لك تمليك العين للحال مطلقا ثم قوله عمرى توقيت التمليك وانه تغيير لمقتضى العقد وكذا تمليك الاعيان لا يحتمل التوقيت نصا كالبيع فكان التوقيت تصرفا مخالفا لمقتضى العقد والشرع فبطل وبقى العقد صحيحا وان كانت القرينة شرطا نظر الى الشرط المقرون فان كان مما يمنع وقوع التصرف تمليكا للحال يمنع صحة الهبة والا فيبطل الشرط وتصح الهبة وعلى هذا يخرج ما اذا قال أرقبتك هذه الدار أو صرح فقال

جعلت هذه الدار لك رقبى أو قال هذه الدار لك رقبى ودفعها اليه فهى عارية فى يده له أن يأخذها منه متى شاء وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هذا هبة وقوله رقبى باطل احتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبى ولان قوله دارى لك تمليك العين لا تمليك المنفعة ولما قال رقبى فقد علقه بالشرط وانه لا يحتمل التعليق فبطل الشرط وبقى العقد صحيحا ولهذا لو قال دارى لك عمرى انه تصح الهبة ويبطل شرط المعمر كذا هذا واحتجا بما روى الشعبى عن شريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل الرقبى ومثلهما لا يكذب ولان قوله دارى لك رقبى تعليق التمليك بالخطر لان معنى الرقبى انه يقول ان مت أنا قبلك فهى لك وان مت أنت قبلى فهى لى سمى الرقبى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لان كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته وذلك غير معلوم فكانت الرقبى تعليق التمليك بأمر له خطر الوجود والعدم والتمليكات مما لا تحتمل التعليق بالخطر فلم تصح هبة وصحت عارية لانه دفع اليه وأطلق له الانتفاع به وهذا معنى العارية وهذا بخلاف العمرى لان هناك وقع التصرف تمليكا للحال فهو بقوله عمرى وقت التمليك انه لا يحتمل التوقيت فبطل وبقى العقد على الصحة ولا حجة له فى الحديث لان الرقبى تحتمل أن تكون من المراقبة وهى الانتظار ويحتمل أن تكون من الارقاب وهو هبة الرقبة فان أريد بها الاول كان حجة له وان أريد بها الثانى لا يكون حجة لان ذلك جائز فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحمل على الثانى توفيقا بين الحديثين صيانة لكلام من يستحيل عليه التناقض عنه وبهذا تبين أن لا اختلاف بينهم فى الحقيقة ان كان الرقبى والارقاب مستعملان فى اللغة فى هبة الرقبة وينبغى أن ينوى فان عنى به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف وان عنى به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف ولو قال لرجلين دارى لاطولكما حياة فهو باطل لانه لا يدرى أيهما أطول حياة فكان هذا تعليق التمليك بالخطر فبطل ولو قال دارى لك حبيس فهذا عارية عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف هو هبة وقوله حبيس باطل بمنزلة الرقبى (وجه) قوله أن قوله دارى لك تمليك وقوله حبيس نفى الملك فلم يصح النفى وبقى التمليك على حاله (وجه) قولهما أن قوله حبيس خرج تفسيرا لقوله لك فصار كأنه ابتدأ بالحبيس فقال دارى حبيس لك ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع كذا هذا ولو قال دارى رقبى لك كان عارية اجماعا ذكره القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ولو وهب جارية على أن يبيعها أو على أن يتخذها أم ولد أو على أن يبيعها لفلان أو على أن يردها عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط لان هذه الشروط مما لم تمنع وقوع التصرف تمليكا للحال وهى شروط تخالف مقتضى العقد فتبطل ويبقى العقد على الصحة بخلاف شروط الرقبى على ما بينا وبخلاف البيع فانه تبطله هذه الشروط لان القياس أن لا يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسرا له لان ذكره فى العقد لم يصح فيلتحق بالعدم ويبقى العقد صحيحا الا أن الفساد فى البيع للنهى الوارد فيه ولا نهى فى الهبة فيبقى الحكم فيه على الاصل ولان دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله تعالى فان طبن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وهذا يجرى مجرى الترغيب فى أكل المهر وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وهذا ندب الى التهادى والهدية هبة وروينا عن الصديق رضى الله عنه انه قال لسيدتنا عائشة رضى الله عنها انى كنت نحلتك كذا وكذا وعن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ان لم يرض عنها ونحوه من الدلائل المقتضية لشرعية الهبة من غير فصل بين ما قرن بها شرط فاسد أو لم يقرن وعلى هذا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى ما فى بطنها أو وهب حيوانا واستثنى ما فى بطنه أن الهبة جائزة فى الام والولد جميعا والاستثناء باطل والكل للموهوب له وجملة الكلام فى العقود التى فيها استثناء الحمل انها أقسام ثلاثة قسم منها يبطل ويبطل الاستثناء جميعا وقسم منها يصح ويبطل الاستثناء وقسم منها يصح ويصح الاستثناء (أما) الاول فهو البيع والاجارة والكتابة والرهن لان الاستثناء لما فى البطن بمنزلة شرط فاسد وهذه العقود تبطل بالشروط الفاسدة (وأما) القسم الثانى فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود

لا تبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد و يبطل الاستثناء و يدخل الام والولد جميعا في العقد لان الشرط الفاسد وهو الاستثناء فيها اذا لم يصح التحق بالعدم فصار كأنه لم يستثن وكذا العتق بان أعتق جارية واستثنى ما في بطنها انه يصح العتق ولا يصح الاستثناء حتى يعتق الام والولد جميعا لما قلنا (وأما) القسم الثالث فالوصية بان أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها لانه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها فقد أبقى ما في بطنها ميراثا لورثته والميراث يجري فيما في البطن وهذا بخلاف ما اذا أوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلتها لورثته انه تصح الوصية و يبطل الاستثناء لان الغلة والخدمة لا يجري فيهما الميراث بانفرادهما بدون الاصل ألا ترى انه لو أوصى بخدمتها وغلتها لانسان ومات الموصي ثم مات الموصى له بعد القبول لا تصير الغلة والخدمة ميراثا لورثة الموصى له بل تعود الى ورثة الموصي و بمثله لو أوصى بما في بطن جاريته لانسان والمسئلة بحالها فان الولد يصير ميراثا لورثة الموصى له وما افترقا الا لما ذكرنا والله عز وجل أعلم وان كانت القرينة منفعة بان قال داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى أو هبة سكنى أو سكنى هبة أو هي لك عمرى عارية ودفعها اليه فهذا كله عارية لانه لما ذكر السكنى في قوله داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى دل على انه أراد تمليك المنافع لان قوله هذا لك ظاهره وان كان لتمليك العين لكنه يحتمل تمليك المنفعة لان الاضافة الى المستعير والمستأجر منفعة عرفا وشرعا وقوله سكنى موضوع للمنفعة لا تستعمل الا لها فكان محكما فجعل تفسيرا للمحتمل و بيانا انه أراد به تمليك المنفعة وتمليك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية وكذا قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسيرا للهبة لان قوله هبة يحتمل هبة العين و يحتمل هبة المنافع فاذا قال سكنى فقد عين هبة المنافع فكان بيانا المراد المتكلم انه أراد هبة المنافع وهبة المنفعة تمليكها من غير عوض وهو معنى العارية واذا قال سكنى هبة فمعناها أن سكنى الدار هبة لك فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية ولو قال هي لك عمرى تسكنها أو هبة تسكنها أو صدقة تسكنها ودفعها اليه فهو هبة لانه ما فسر الهبة بالسكنى لانه لم يجعله نعتا فيكون بيانا للمحتمل بل وهب الدار منه ثم شاوره فيما يعمل بملكه والمشورة في ملك الغير باطلة فتعلقت الهبة بالعين وقوله تسكنها بمنزلة قوله لتسكنها كما اذا قال وهبتها لك لتؤاجرها ولو قال هي لك تسكنها كانت هبة أيضا لان الاضافة بحرف اللام الى من هو أهل الملك للتمليك وقوله تسكنها مشورة على ما بينا

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى نفس الركن و بعضها يرجع الى الواهب و بعضها يرجع الى الموهوب و بعضها يرجع الى الموهوب له (أما) الاول فهو أن لا يكون معلقا بماله خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد والرقبى ونحو ذلك ولا مضافا الى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غدا أو رأس شهر كذا لان الهبة تمليك العين للحال وانه لا يحتمل التعليق بالخطر والاضافة الى الوقت كالبيع (وأما) ما يرجع الى الواهب فهو أن يكون ممن يملك التبرع لان الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي والمجنون لانهما لا يملكان التبرع لكونه ضررا محضا لا يقابله نفع دنيوي فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق وكذا الاب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لان المتبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الاحسن ولانه لا يقابله نفع دنيوي وقد قال الله تعالى عز شأنه ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولانه اذا لم يقابله عوض دنيوي كان التبرع ضررا محضا وترك المرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وقوله عليه الصلاة والسلام من لا يرحم صغيرنا فليس منا ولهذا لم يملك طلاق امرأته واعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة وان شرط الاب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون انه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض وعنده يجوز بشرط العوض والاصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض والاصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض (وجه) قول محمد أن الهبة تمليك فاذا شرط فيها العوض كانت تمليكا بعوض وهذا

تفسير البيع وانما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التمليك (ولهما) أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعا ابتداء ثم تصير بيعا فى الانتهاء بدليل انها تفيد الملك قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض لان البيع يفيد الملك بنفسه دل انها وقعت تبرعا ابتداء وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعا بعد ذلك (وأما) ما يرجع الى الموهوب فأنواع (منها) أن يكون موجودا وقت الهبة فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد بان وهب ما يثمر نخله العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك بخلاف الوصية والفرق أن الهبة تمليك للحال وتمليك المعدوم محال والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت والاضافة لا تمنع جوازها وكذلك لو وهب ما فى بطن هذه الجارية أو ما فى بطن هذه الشاة أو ما فى ضرعها لا يجوز وان سلطه على القبض عند الولادة والحلب لانه لا وجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم لان انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون لداء فى البطن وغيره وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد يكون بغيره فكان له خطر الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه بالاضافة الى ما بعد زمان الحدوث لان التمليك بالهبة مما لا يحتمل الاضافة الى الوقت فبطل ولهذا لا يجوز بيعه بخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض انه يصح استحسانا لانه أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا مملوكا للحال مقدور القبض بطريقه على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وكذلك لو وهب زبدا فى لبن أو دهنا فى سمسم أو دقيقا فى حنطة لا يجوز وان سلطه على قبضه عند حدوثه لانه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد للحال فلم ينعقد ولا سبيل الى الاضافة الى وقت الحدوث فبطل أصلا بخلاف ما اذا وهب صوفا على ظهر الغنم وجزه وسلمه انه يجوز لان الموهوب موجود مملوك للحال الا أنه لم ينفذ للحال لمانع وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب فاذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل فينفذ عند وجود القبض كما لو وهب شقصا مشاعا ثم قسمه وسلمه (ومنها) أن يكون مالا متقوما فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والاحرام والخنزير وغير ذلك على ما ذكرنا فى البيوع ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لكونهم أحرارا من وجه ولهذا لم يجز بيع هؤلاء ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخمر ولهذا لم يجز بيعها (ومنها) أن يكون مملوكا فى نفسه فلا تجوز هبة المباحات لان الهبة تمليك وتمليك ما ليس بمملوك محال (ومنها) أن يكون مملوكا للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير اذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك وان شئت رددت هذا الشرط الى الواهب وكل ذلك صحيح لان المالك والمملوك من الاسماء الاضافية والعلقة التى تدور عليها الاضافة هى الملك فيجوز رد هذا الشرط الى الموهوب ويجوز رده الى الواهب فى صناعة الترتيب فافهم وسواء كان المملوك عينا أو دينا فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياسا واستحسانا (وأما) هبة الدين لغير من عليه الدين فجائز أيضا اذا أذن له بالقبض وقبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز وان أذن له بالقبض (وجه) القياس ان القبض شرط جواز الهبة وما فى الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما اذا وهب لمن عليه لان الدين فى ذمته وذمته فى قبضه فكان الدين فى قبضه بواسطة قبض الذمة (وجه) الاستحسان ان ما فى الذمة مقدور التسليم والقبض ألا ترى ان المديون يجبر على تسليمه الا أن قبضه بقبض العين فاذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما فى الذمة الا أنه لا بد من الاذن بالقبض صريحا ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين لما نذكره فى موضعه (ومنها) أن يكون محوزا فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدن ونحوها وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده واحتج بظاهر قوله عز وجل فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أوجب سبحانه وتعالى نصف المفروض فى الطلاق قبل الدخول الا أن يوجد الحط من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسوم فيدل على جواز هبة المشاع فى الجملة وبما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لما شدد فى الغلول فى الغنيمة فى بعض الغزوات فقام عليه الصلاة والسلام الى سنام بعير وأخذ منه

وبرة ثم قال أما انى لا يحل لى من غنيمتكم ولو بمثل هذه الوبرة الا الخمس والخمس مردود فيكم ردوا الخيط والمخيط فان الغلول عار وشنار على صاحبه الى يوم القيامة فجاء اعرابى بكبة من شعر فقال أخذتها لاصلح بها بردعة بعيرى يارسول الله فقال أما نصيبى فهولك وسأسلمك الباقى وهذا هبة المشاع فيما يقسم وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل على أبى أيوب الانصارى رضى الله عنه فنظر الى موضع المسجد فوجده بين أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فاستباع أسعد نصيبهما ليهب الكل من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبيا ذلك فوهب أسعد نصيبه من النبى عليه الصلاة والسلام فوهبا أيضا نصيبهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قبل النبى عليه الصلاة والسلام الهبة فى نصيب أسعد وقبل فى نصيب الرجلين أيضاً ولو لم يكن جائزاً لما قبل لان أدنى حال فعل النبى عليه الصلاة والسلام الجواز ولان الشياع لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه لان حكم الهبة الملك والشياع لا يمنع الملك ألا ترى انه يجوز بيع المشاع وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم وشرطه هو القبض والشيوع لا يمنع القبض لانه يحصل قابضاً للنصف المشاع بتخلية الكل ولهذا جازت هبة المشاع فيما لا يقسم وان كان القبض فيها شرطاً لثبوت الملك كذا هذا (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى ان سيدنا أبا بكر رضى الله عنه قال فى مرض موته لسيدتنا عائشة رضى الله عنها ان احب الناس الى غنى أنت وأعزهم على فقراً أنت وانى كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتيه ولا جذيتيه وانما هو اليوم مال الوارث اعتبر سيدنا الصديق رضى الله عنه القبض والقيمة فى الهبة لثبوت الملك لان الحيازة فى اللغة جمع الشىء المفرق فى حيز وهذا معنى القسمة لان الانصباء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة والقسمة تجمع كل نصيب فى حيز وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه قال مابال أحدكم ينحل ولده نحلا لا يحوزها ولا يقسمها ويقول ان مت فهو له وان مات رجعت الى وايم الله لا ينحل أحدكم ولده نحلى لا يحوزها ولا يقسمها فيموت الا جعلتها ميراثا لورثته والمراد من الحيازة القبض هنا لانه ذكرها بمقابلة القسمة حتى لا يؤدى الى التكرار أخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة وروى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز مالم يقاسم وكل ذلك بمحضر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه انكر عليهم منكر فيكون اجماعا ولان القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من القبض لان معنى القبض هو التمكن من التصرف فى المقبوض والتصرف فى النصف الشائع وحده لا يتصور فان سكنى نصف الدار شائعاً ولبس نصف الثوب شائعاً محال ولا تمكن من التصرف فيه بالتصرف فى الكل لان العقد لم يتناول الكل وهكذا نقول فى المشاع الذى لا يقسم ان معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا الا ان هناك ضرورة لانه يحتاج الى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشياع مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل الى ازالة المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فمست الضرورة الى الجواز واقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف ولا ضرورة هنا لان المحل محتمل للقسمة فيمكن ازالة المانع من القبض الممكن بالقسمة أو نقول الصحابة رضى الله عنهم شرطوا القبض المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الصورة دون المعنى على ما بينا الا انه اكتفى بالصورة فى المشاع الذى لا يحتمل القسمة للضرورة التى ذكرنا ولا ضرورة هنا فلزم اعتبار الكمال فى القبض ولا يوجد فى المشاع ولان الهبة عقد تبرع فلو صحت فى مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان لان الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدى الى تغيير المشروع ولهذا توقف الملك فى الهبة على القبض لما أنه لو ملكه بنفس العقد لثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم فيؤدى الى ايجاب الضمان فى عقد التبرع وفيه تغيير المشروع كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة لان هناك لا يتصور ايجاب الضمان على المتبرع لان الضمان ضمان القسمة والمحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق (وأما) الآية فلا حجة له فيها لان المراد من المفروض الدين لا العين ألا ترى أنه قال الا أن يعفون والعفو اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل وكذا الغالب فى المهر أن يكون

دينا

ديناً وهبة الدين ممن عليه الدين جائز لانه اسقاط الدين عنه وانه جائز فى المشاع (وأما) حديث الكبة فيحتمل ان النبى عليه الصلاة والسلام وهب نصيبه منه واستوهب البقية من أصحاب الحقوق فوهبوا وسلموا الكل جملة وفى الحديث ما يدل عليه فانه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وسأسلمك الباقى وما كان هو عليه الصلاة والسلام ليخلف فى وعده وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على ان ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى لان كبة واحدة لو قسمت على الجم الغفير لا يصيب كلا منهم الا نزر حقير لا ينتفع به فكان فى معنى مشاع لا ينقسم (وأما) حديث أسعد بن زرارة فحكاية حال يحتمل أنه وهب نصيبه وشريكاه وهبا نصيبهما منه وسلموا الكل جملة وهذا جائز عندنا ويحتمل ان الانصباء كانت مقسومة مفرزة ويجوز أن يقال فى مثل هذا بينهم اذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض كقرية بين جماعة انها تضاف اليهم وان كانت أنصباؤهم مقسومة واحتمل بخلافه فلا يكون حجة مع الاحتمال لان حكاية الحال لا عموم له ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه الى الموهوب له جاز لان هبة المشاع عندنا منعقد موقوف نفاذه على القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح اذ الشيوع لا يمنع ركن العقد ولا حكمه وهو الملك ولا سائر الشرائط الا القبض الممكن من التصرف فاذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ فينفذ وحديث الصديق رضى الله عنه لا يدل عليه فانه قال لسيدتنا عائشة رضى الله عنها انى كنت نحلتك جداد عشرين وسقاً من مالى وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم لان النحل من الفاظ الهبة ولو لم ينعقد لما فعله الصديق رضى الله عنه لانه ما كان ليعقد عقدا باطلا فدل قول الصديق رضى الله عنه على انعقاد العقد فى نفسه وتوقف حكمه على القسمة والقبض وهو عين مذهبنا والله عز وجل أعلم وكذلك لو وهب نصف داره من رجل ولم يسلم اليه ثم وهب منه النصف الآخر وسلم اليه جملة جاز لما قلنا ولو وهب منه نصف الدار وسلم اليه بتحلية الكل ثم وهب منه النصف الآخر وسلم لم تجز الهبة لان كل واحد منهما هبة المشاع وهبة المشاع فيما يقسم لا تنفذ الا بالقسمة والتسليم ويستوى فيه الجواب فى هبة المشاع بين أن يكون من أجنبى أو من شريكه كل ذلك يجوز لقول جماعة من الصحابة رضى الله عنهم لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة من غير فصل ولان المانع هو الشياع عند القبض وقد وجد وعلى هذا الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم أنه لا يجوز عندنا خلافا للشافعى رحمه الله (وجه) قوله ان الشياع لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض ولا يمنع جوازه كالمفروض (ولنا) ان القبض شرط جواز الصدقة ومعنى القبض لا يتحقق فى الشائع أو لا يتكامل فيه لما بينا فى الهبة ولان التصدق تبرع كالهبة وتصحيحه فى المشاع يصيرها عقد ضمان فيتغير المشروع على ما بينا فى الهبة ولو وهب شيأ ينقسم من رجلين كالدار والدراهم والدنانير ونحوها وقبضاه لم يجز عند أبى حنيفة وجاز عند أبى يوسف ومحمد وأجمعوا على أنه لو وهب رجلان من واحد شيأ ينقسم وقبضه أنه يجوز فابو حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض وهما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعا فلم يجوز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشياع وقت القبض وهما جوزاها لانه لم يوجد الشياع فى الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر وجوزوا هبة الاثنين من واحد (أما) أبو حنيفة رحمه الله فلعدم الشيوع فى وقت القبض (وأما) هما فلانعدامه فى الحالين لانه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض ومدار الخلاف بينهم على حرف وهو ان هبة الدار من رجلين تمليك كل الدار جملة أو تمليك من أحدهما والنصف من الآخر فعند أبى حنيفة تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر فيكون هبة المشاع فيما ينقسم كانه أفرد تمليك كل نصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وعندهما هى تمليك الكل منهما لا تمليك النصف من هذا والنصف من ذلك فلا يكون تمليك الشائع فيجوز (وجه) قولهما ان العمل بموجب الصيغة هو الاصل وذلك فيما قلنا لان قوله وهبت هذه الدار كلها هبة كل الدار جملة منهما لا هبة النصف من أحدهما والنصف من الآخر لان ذلك توزيع وتفريق واللفظ لا يدل عليه ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لغة الا لضرورة الصحة وفى العدول عن ظاهر الصيغة ههنا فساد العقد بسبب الشيوع فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تمليك الكل منهما وموجب التمليك

منهما ثبوت الملك لهما في الكل وانما يثبت الملك لكل واحد منهما في النصف عند الانقسام ضرورة المزاحمة واستوائهما في الاستحقاق اذ ليس كل واحد منهما أولى من الآخر لدخول كل واحد منهما في العقد على السواء كالاخوين في الميراث عند الاستواء في الدرجة ان الميراث يكون بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما على الكمال حتى لو انفرد أحدهما يستحق كل المال واذا جاءت المزاحمة مع المساواة في الاستحقاق يثبت عند انقسام الميراث في النصف وكذا الشفيعان يثبت لكل واحد منهما أخذ نصف الدار بالشفعة لضرورة المزاحمة والاستواء في الاستحقاق وان كان السبب في حق كل واحد منهما صالحا لاثبات حق الشفعة في الكل حتى لو سلم أحدهما يكون الكل للآخر وعلى هذا مسائل فلم يكن الانقسام على التناصف موجب الصيغة بل لتضايق المحل لهذا اجاز الرهن من رجلين فكان ذلك رهناً من كل واحد منهما على الكمال اذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك لما جاز لانه يكون رهن المشاع لهذا لو قضى الراهن دين أحدهما كان للآخر حبس الكل دل ان ذلك رهن الكل من كل واحد منهما كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان هذا تمليك مضاف الى الشائع فلا يجوز كما اذا ملك نصف الدار من أحدهما والنصف من الآخر بعقد على حدة والدليل على ان هذا تمليك مضاف الى الشائع ان قوله وهبت هذه الدار منكما اما أن يكون تمليك كل الدار من كل واحد منهما واما أن يكون تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لا سبيل الى الاول لان الدار الواحدة يستحيل أن تكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال والمحال لا يكون موجب العقد فتعين الثاني وهو أن يكون تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لهذا لم يملك كل واحد منهما التصرف في كل الدار بل في نصفها ولو كان كل الدار مملوكا لكل واحد منهما الملك وكذا كل واحد منهما يملك مطالبة صاحبه بالتهايؤ أو بالقسمة وهذا آية ثبوت الملك له في النصف واذا كان هذا تمليك الدار لهما على التناصف كان تمليكا مضافا الى الشائع كانه أفرد لكل واحد منهما العقد في النصف والشيوع يؤثر في القبض الممكن من التصرف على ما مر وقد خرج الجواب عن قولهما ان موجب الصيغة ثبوت الملك في كل الدار لكل واحد منهما على الكمال لما ذكرنا ان هذا محال والمحال لا يكون موجب العقد ولا العاقد بعقده يقصد أمرا محالا أيضاً فكان موجب العقد التمليك منهما على التناصف لان هذا تمليك الدار منهما فكان عملا بموجب الصيغة من غير احالة فكان أولى بخلاف الرهن فان الدار الواحدة تصلح مرهونة عند كل واحد منهما لان الرهن هو الحبس واجتماعهما على الحبس متصور بأن يحبساه معاً أو يضعاه جميعاً على يدى عدل فتكون الدار محبوسة كلها عند كل واحد منهما وهذا مما لا يمكن تحقيقه في الملك فهو الفرق وعند أبي حنيفة رحمه الله اذا وهب من رجلين فقسم ذلك وسلم الى كل واحد منهما جاز لان المانع هو الشيوع عند القبض وقد زال هذا اذا وهب من رجلين شيأ مما يقسم فان كان مما لا يقسم جاز بالاجماع لما ذكرنا فيما تقدم ثم على أصلهما اذا قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها جاز لان قوله لهذا نصفها ولهذا نصفها خرج تفسيرا للحكم الثابت بالعقد اذ لا يمكن جعله تفسيرا لنفس العقد لان العقد وقع تمليك الدار جملة منهما على ما بينا فجعل تفسيرا لحكمه فلا يوجب ذلك اشاعة في العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز لان الشيوع دخل على نفس العقد فمنع الجواز ولو قال وهبت لكما هذه الدار ثلثها لهذا وثلثاها لهذا لم يجز عند أبي يوسف وجاز عند محمد (وجه) قول محمد ان العقد متى جاز لاثنين يستوى فيه التساوى والتفاضل كعقد البيع (وجه) قول أبي يوسف ان الجواز عند التساوى بطريق التفسير للحكم الثابت بالعقد وذلك لا يوجب شيوعا في العقد ولما فضل أحد النصيبين عن الآخر تعذر جعله تفسيراً لان مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان تفضيل أحد النصيبين في معنى افراد العقد لكل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوع يؤثر في الهبة ولا يؤثر في البيع ولو رهن من رجلين لاحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه أو نصفه لهذا ونصفه لذلك على التفاضل والتناصف لا يجوز بالاجماع بخلاف ما اذا أبهم بان قال وهبت منكما أنه يجوز ولو وهب من فقيرين شيأ ينقسم فالهبة من فقيرين بمنزلة التصدق عليهما لان

الهبة من الفقير صدقة لانه يبتغى بها وجه الله تعالى وسنذكر حكمها ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون الثمر والثمر دون الشجر والارض دون الزرع والزرع دون الارض انها غير جائزة لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فكان كهبة المشاع ولو فضل وسلم جاز كما فى هبة المشاع ولو تصدق بعشرة دراهم على رجلين فان كانا غنيين لم يجز عند أبى حنيفة ويجوز عندهما لان التصدق على الغنى ميتة فى الحقيقة والهبة من اثنين لا تجوز وعندهما جائزة وان كانا فقيرين فعندهما تجوز كما تجوز فى الهبة من رجلين وعن أبى حنيفة رحمه الله فيه روايتان فى كتاب الهبة لا يجوز وفى الجامع الصغير يجوز (وجه) رواية كتاب الهبة ان الشياع كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على ماذكرنا فيما تقدم وههنا يتحقق الشيوع فى القبض (وجه) رواية الجامع وهى الصحيحة ان معنى الشيوع فى القبض لا يتحقق فى الصدقة على فقيرين لان المتصدق يتقرب بالصدقة الى الله عز وجل ثم الفقير يقبض من الله تعالى قال الله تبارك وتعالى ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام الصدقة تقع فى يد الرحمن قبل أن تقع فى يد الفقير والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتحقق معنى الشيوع كما لو تصدق على فقير واحد ثم وكل بقبضها وكيلين بخلاف التصدق على غنيين لان الصدقة على الغنى يبتغى بها وجه الغنى فكانت هدية لا صدقة قال عليه الصلاة والسلام الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى والدار الآخرة والهدية يبتغى بها وجه الرسول وقضاء الحاجة والهدية هبة فيتحقق معنى الشيوع فى القبض وأنه مانع من الجواز عنده (ومنها) القبض وهو أن يكون الموهوب مقبوضاً وان شئت رددت هذا الشرط الى الموهوب له لان القابض والمقبوض من الاسماء الاضافية والعلقة التى تدور عليها الاضافة من الجانبين هى القبض فيصح رده الى كل واحد منهما فى صناعة الترتيب فتأمل والكلام فى هذا الشرط فى موضعين فى بيان أصل القبض انه شرط أم لا وفى بيان شرائط صحة القبض (أما) الاول فقد اختلف فيه قال عامة العلماء شرط والموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرف فيه كيف شاء وقال مالك رحمه الله ليس بشرط ويملكه الموهوب له من غير قبض (وجه) قوله ان هذا عقد تبرع بتمليك العين فيفيد الملك قبل القبض كالوصية (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم وهو ما روينا ان سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر رضى الله عنهما اعتبرا القسمة والقبض لجواز النحلى بحضرة الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعا وروى عن سيدنا أبى بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وابن عباس رضى الله تعالى عنهم انهم قالوا لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة ولم يرد عن غيرهم خلافه ولانها عقد تبرع فلو صحت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغيير المشروع بخلاف الوصية لانه ليس فى ايجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها اذ لا مطالبة قبل المتبرع وهو الموصى لانه ميت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا يملك قبل القبض عند عامة العلماء وقال ابن أبى ليلى وغيره من اهل الكوفة ليس بشرط وتجوز الصدقة اذا أعلمت وان لم تقبض ولا تجوز الهبة ولا النحلى الا مقبوضة واحتجوا بما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما قالا اذا اعلمت الصدقة جازت من غير شرط القبض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال خبراً عن الله سبحانه وتعالى يا ابن آدم تقول مالى مالى وليس لك من مالك الا ما أكلت فافنيت اولبست فابليت أو تصدقت فابقيت اعتبر الله سبحانه وتعالى الامضاء فى الصدقة والامضاء هو التسليم دل أنه شرط وروى عن سيدنا أبى بكر وسيدنا عمر وابن عباس ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم انهم قالوا لا تتم الصدقة الا بالقبض ولان التصدق عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه كالهبة وما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما محمول على صدقة الاب على ابنه الصغير وبه نقول لا حاجة هناك الى القبض حملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض (والثانى) شرائط صحة القبض فانواع (منها) أن يكون القبض باذن المالك لان الاذن بالقبض شرط لصحة القبض فى باب البيع حتى لو قبض المشترى من غير اذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد

فلأن يكون فى الهبة أولى لان البيع يصح بدون القبض والهبة لاصحة لها بدون القبض فلما كان الاذن بالقبض شرطا لصحته فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطا فيما يتوقف صحته على القبض أولى ولان القبض فى باب الهبة يشبه الركن وان لم يكن ركنا على الحقيقة فيشبه القبول فى باب البيع ولا يجوز القبول من غير اذن البائع ورضاه فلا يجوز القبض من غير اذن الواهب أيضا والاذن نوعان صريح ودلالة أما الصريح فنحو أن يقول اقبض أو أذنت لك بالقبض أو رضيت وما يجرى هذا المجرى فيجوز قبضه سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته استحسانا والقياس أن لا يجوز قبضه بعد الافتراق عن المجلس وهو قول زفر رحمه الله لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول على أحد قوليه فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وان كان باذن الواهب كالقبول فى باب البيع (وجه) الاستحسان ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حمل اليه ست بدنات فجعلن يزدلفن اليه فقام عليه الصلاة والسلام فنحرهن بيده الشريفة وقال من شاء فليقطع وانصرف فقد أذن لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقبض بعد الافتراق حيث أذن لهم بالقطع فدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق ولان الاذن بقبض الواهب صريحا بمنزلة اذن البائع بقبض المبيع وذلك يعمل بعد الافتراق كذا هذا (وأما) الدلالة فهى ان يقبض الموهوب له العين فى المجلس ولا ينهاه الواهب فيجوز قبضه استحسانا والقياس أن لا يجوز كما لا يجوز بعد الافتراق وهو قول زفر وقد ذكرنا القياس والاستحسان فى الزيادات ولو قبض المشترى المبيع بيعا جائزا بحضرة البائع قبل نقد الثمن لم يجز قبضه قياسا واستحسانا حتى كان له أن يسترد وفى البيع الفاسد اختلاف روايتى الكرخى والطحاوى رحمهما الله ذكرناهما فى البيوع (وجه) القياس ان القبض ركن فى الهبة كالقبول فيها فلا يجوز من غير اذن كالقبول من باب البيع (وجه) الاستحسان ان الاذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لان الاقدام على ايجاب الهبة اذن بالقبض لانه دليل قصد التمليك ولا ثبوت للملك الا بالقبض فكان الاقدام على الايجاب اذنا بالقبض دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا بخلاف ما بعد الافتراق لان الاقدام دلالة الاذن بالقبض فى المجلس لا بعد الافتراق ولان للقبض فى باب الهبة شبها بالركن فيشبه القبول فى باب البيع وايجاب البيع يكون اذنا بالقبول فى المجلس لا بعد الافتراق فكذا ايجاب الهبة يكون اذنا بالقبض لا بعد الافتراق ولو وهب شيأ متصلا بغيره مما لا تقع عليه الهبة كالثمر المعلق على الشجر دون الشجر أو الشجر دون الارض أو حلية السيف دون السيف أو القفيز من الصبرة أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الواهب لم يجز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته ولان الجواز فى المنفصل عند حضرة الواهب للاذن الثابت دلالة الايجاب ولم يوجد ههنا لان الايجاب لم يقع صحيحا حين وجوده فلا يصح الاستدلال على الاذن بالقبض وان قبض باذنه يجوز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر بناء على أن العقد اذا وقع فاسدا من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزا وعندنا يحتمل الجواز باسقاط المفسد مقصورا على الحال أو من حين وجود العقد بطريق البيان على اختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما فى كتاب البيع وكذلك اذا وهب دينا له على انسان لآخر انه ان قبض الموهوب له باذن الواهب صريحا جاز قبضه استحسانا والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وان قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياسا واستحسانا فرق بين العين والدين (ووجه) الفرق ان الجواز فى هبة العين عند عدم التصريح بالاذن لكون الايجاب فيها دلالة الاذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له وايجاب الهبة فى الدين لغير من عليه الدين لا تصح دلالة الاذن بقبضه لان دلالته بواسطة دلالة قصد التمليك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق الا بالتصريح بالاذن بالقبض لانه اذا أذن له بالقبض صريحا قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير بقبض العين قابضا للواهب أولا ويصير المقبوض ملكا له أولا ثم يصير قابضا لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذى

ذكرنا

ذكرنا واهبا ملك نفسه والموهوب له قابضا ملك الواهب فصحت الهبة والقبض واذا لم يصرح بالاذن بالقبض بقى المقبوض من المال العين على ملك من عليه فلم تصح الهبة فيه فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين الفصلين ومنها أن لا يكون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب لان معنى القبض وهو التمكن من التصرف فى المقبوض لا يتحقق مع الشغل وعلى هذا يخرج ما اذا وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار اليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فانه لا يجوز لان الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد قيل الحيلة فى صحة التسليم ان يودع الواهب المتاع عند الموهوب له أولا و يخلى بينه و بين المتاع ثم يسلم الدار اليه فتجوز الهبة فيها لانها مشغولة بمتاع هو فى يد الموهوب له وفى هذه الحيلة اشكال وهو أن يد المودع يد المودع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فتمنع صحة التسليم ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغا جاز و ينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لان المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما فى هبة المشاع ولو وهب ما فيها من المتاع دون الدار وخلى بينه و بين المتاع جازت الهبة لان المتاع لا يكون مشغولا بالدار والدار تكون مشغولة بالمتاع لهذا افترقا فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو جمع فى الهبة بين المتاع و بين الدار الذى فيها فوهبهما جميعا صفقة واحدة وخلى بينه و بينهما جازت الهبة فيهما جميعا لان التسليم قد صح فيهما جميعا فان فرق بينهما فى الهبة بأن وهب أحدهما ثم وهب الآخر فهذا لا يخلو اما ان جمع بينهما فى التسليم واما ان فرق فان جمع جازت الهبة فيهما جميعا وان فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظر فى ذلك وروعى فيه الترتيب ان قدم هبة الدار فالهبة فى الدار لم تجز لانها مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت فى المتاع لانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه ولو قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا أما فى المتاع فلانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه واما فى الدار فلانها وقت التسليم كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض وعلى هذا الاصل أيضا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى ما فى بطنها أو حيوانا واستثنى ما فى بطنه أنه لا يجوز لانه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره وانها غير جائزة لانه لا جواز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولا بغيره يمنع صحة القبض ولو أعتق ما فى بطن جاريته ثم وهب الام يجوز وذكر فى العتاق أنه لو دبر ما فى بطن جاريته لا يجوز منهم من قال فى المسألة روايتان (وجه) رواية عدم الجواز ان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبه هبة دار فيها متاع الواهب (وجه) رواية الجواز وهى رواية الكرخى ان حرية الجنين تجعله مستثنى من العقد لان حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله اياه ظاهرا وهذا معنى الاستثناء ولو استثناه لفظا جازت الهبة فى الام فكذا اذا كان مستثنى فى المعنى ومنهم من قال فى المسألة رواية واحدة وفرق بين الاعتاق والتدبير (ووجه) الفرق ان المدبر مال المولى فاذا وهب الام فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهب فلم يجز كهبة دار فيها متاع الواهب وأما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب دارا فيها حر جالس وذا لا يمنع جواز الهبة كذا هذا ومنها أن لا يكون الموهوب متصلا بما ليس بموهوب اتصال الاجزاء لان قبض الموهوب وحده لا يتصور وغيره ليس بموهوب فكان هذا فى معنى المشاع وعلى هذا يخرج ما اذا وهب أرضا فيها زرع دون الزرع أو شجرا عليها ثمر دون الثمر أو وهب الزرع دون الارض أو الثمر دون الشجر وخلى بينه و بين الموهوب له أنه لا يجوز لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فمنع صحة القبض ولو جذ الثمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغا جاز لان المانع من النفاذ وهو ثبوت الملك قد زال ولو جمع بينهما فى الهبة فوهبهما جميعا وسلم متفرقا جاز ولو فرق بينهما فى الهبة فوهب كل واحد منهما بعقد على حدة بأن وهب الارض ثم الزرع أو الزرع ثم الارض فان جمع بينهما فى التسليم جازت الهبة فيهما جميعا وان فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعا قدم أو آخر سواء بخلاف الفصل الاول لان المانع من صحة القبض هنا الاتصال وانه لا يختلف والمانع هناك الشغل وانه يختلف نظير هذا ما اذا وهب نصف الدار مشاعا من رجل ولم يسلم اليه حتى وهب النصف الباقى منه وسلم الكل انه يجوز ولو وهب النصف وسلم ثم وهب الباقى وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا وهب صوفا على ظهر غنم انه لا يجوز لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة

القبض ولو جزه وسلمه جاز لزوال المانع والله عزوجل أعلم وعلى هذا اذا وهب دابة وعليها حمل بدون الحمل لا تجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغا جاز لما قلنا بخلاف هبة ما فى بطن جاريته أو ما فى بطن غنمه أو ما فى ضرعها أو هبة سمن فى لبن أو دهن فى سمسم أو زيت فى زيتون أو دقيق فى حنطة أنه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولاة أو عند استخراج ذلك لان الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوما ولهذا لم يجز بيعها فلا تجوز هبتها وهنا بخلافه على ما تقدم ومنها أهلية القبض وهى العقل فلا يجوز قبض المجنون والصبى الذى لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحسانا فيجوز قبض الصبى العاقل ما وهب له والقياس أن يكون شرطا ولا يجوز قبض الصبى وان كان عاقلا (وجه) القياس ان القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه فى الهبة كما لا يجوز فى البيع (وجه) الاستحسان ان قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبى العاقل كما يملك وليه ومن هو فى عياله وكذا الصبية اذا عقلت جاز قبضها لما قلنا وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد المحجور عليه اذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبد دين أو لا فالقبض الى العبد والملك للمولى فى المقبوض لان القبض من حقوق العقد والعقد وقع للعبد فكان القبض اليه ولان الاصل فى بنى آدم الحرية والرق لعارض فكان الاصل فيهم اطلاق التصرف لهم والانحجار لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد فبقى فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد وكسب العبد القن للمولى وكذلك المكاتب اذا وهب له هبة فالقبض اليه ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا فى القن فاذا قبض المكاتب فهو أحق به فلا يملكه المولى لان الهبة كسبه والمكاتب أحق باكتسابه ومنها الولاية فى أحد نوعى القبض وجملة الكلام فيه أن القبض نوعان قبض بطريق الاصالة وقبض بطريق النيابة (أما) القبض بطريق الاصالة فهو ان يقبض بنفسه لنفسه وشرط جوازه العقل فقط على ما بينا (وأما) القبض بطريق النيابة فالنيابة فى القبض نوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القبض أما الاول الذى يرجع الى القابض فهو القبض للصبى وشرط جوازه الولاية بالحجر والعيلة عند عدم الولاية فيقبض للصبى وليه أو من كان الصبى فى حجره وعياله عند عدم الولى فيقبض له أبوه ثم وصى أبيه بعده ثم جده أبو أبيه بعد أبيه ووصيه ثم وصى جده بعده سواء كان الصبى فى عيال هؤلاء أو لم يكن . فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرتهم لان لهؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له واذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذى يتلوه فى الولاية لان التأخير الى قدوم الغائب تفويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية الى من يتلوه وان كان دونه كما فى ولاية الانكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصبى فى عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه كالاخ والعم والام ونحوهم أو أجنبيا لانه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف فى مال الصبى فقيام ولاية التصرف لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم فان لم يكن أحد من هؤلاء الاربعة جاز قبض من كان الصبى فى حجره وعياله استحسانا والقياس ان لا يجوز لعدم الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن فى عياله أجنبياً كان أو ذا رحم محرم منه قياساً واستحسانا وانما كان كذلك لان الذى فى عياله له عليه ضرب ولاية ألا ترى انه يؤدبه ويسلمه فى الصنائع التى للصبى فيها منفعة وللصبى فى قبض الهبة منفعة محضة فقيام هذا القدر من الولاية يكفى لتصرف فيه منفعة محضة للصبى (وأما) من ليس فى عياله فلا ولاية له عليه أصلا فلا يجوز قبضه له كالاجنبى والقبض للصبية اذا عقلت ولها زوج قد دخل بها زوجها أيضاً استحسانا لانها فى عياله لكن هذا اذا لم يكن أحد من هؤلاء فأما عند وجود واحد منهم فلا يجوز قبض الزوج كذا ذكره الحاكم الجليل فى مختصره (وأما) الثانى الذى يرجع الى نفس القبض فهو ان القبض الموجود فى الهبة ينوب عن قبض الهبة سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة أو أقوى منه لانه اذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب إذ المتماثلان غيران ينوب كل واحد منهما مقام صاحبه ويسد مسده فتثبت المناوبة بمقتضى المماثلة واذا كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وبيان هذا فى مسائل اذا كان الموهوب فى يد الموهوب له وديعة أو عارية

فوهب منه جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العقد ووقع العقد والقبض معا ولا يحتاج الى تجديد القبض بعد العقد استحسانا والقياس أن لا يصير قابضا ما لم يجدد القبض وهوان يخلى بين نفسه و بين الموهوب بعد العقد (وجه) القياس ان يد المودع ان كانت يده صورة فهى يد المودع معنى فكان المال فى يده فصار كانه وهب له ما فى يده فلا بد من القبض بالتخلية (وجه) الاستحسان ان القبضين متماثلان لان كل واحد منهما قبض غير مضمون إذ الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فتماثل القبضان فيتناوبان ضرورة بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير لان قبضهما لا ينوب عن قبض البيع لانه قبض أمانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يتماثل القبضان بل الموجود أدنى من المستحق فلم يتناوبا ولو كان الموهوب فى يده مغصوبا أو مقبوضا ببيع فاسد أو مقبوضا على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد وهو أصل القبض و زيادة ضمان ولو كان الموهوب مرهونا فى يده ذكر فى الجامع انه يصير قابضا و ينوب قبض الرهن عن قبض الهبة لان قبض الهبة قبض أمانة وقبض الرهن فى حق العين قبض أمانة أيضا فيتماثلان فناب أحدهما عن الآخر ولئن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الامانة والاقوى ينوب عن الادنى لوجود الادنى فيه وزيادة واذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن و يرجع المرتهن بدينه على الراهن وذكر الكرخى انه لا يصير قابضا حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة لان قبض الرهن وان كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يحتمل الابراء بالهبة ليصير قبض أمانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا يتناوبان بخلاف المغصوب والمقبوض على سوم الشراء لان ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهبة و يبقى قبض بغير ضمان فتماثل القبضان فيتناوبان ولو كان مبيعا قبل القبض فوهب من البائع جاز ولكن لا يكون هبة بل يكون اقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع ولو باعه من البائع قبل القبض لا يجعل اقالة بل يبطل أصلا و رأسا والفرق بينهما ما ذكرنا فى كتاب البيوع ولو نحل ابنه الصغير شيأ جاز و يصير قابضا له مع العقد كما اذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب البيع يهلك من مال الابن لصيرورته قابضا للصغير مع العقد و ينبغى للرجل أن يعدل بين أولاده فى النحلى لقوله سبحانه وتعالى ان الله يأمر بالعدل والاحسان (واما) كيفية العدل بينهم فقد قال أبو يوسف العدل فى ذلك أن يسوى بينهم فى العطية ولا يفضل الذكر على الانثى وقال محمد العدل بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب فى المواريث للذكر مثل حظ الانثيين كذا ذكر القاضى الاختلاف بينهما فى شرح مختصر الطحاوى وذكر محمد فى الموطأ ينبغى للرجل أن يسوى بين ولده فى النحلى ولا يفضل بعضهم على بعض وظاهر هذا يقتضى أن يكون قوله مع قول أبى يوسف وهو الصحيح لما روى أن بشيرا أبا النعمان أتى بالنعمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال النبى عليه الصلاة والسلام فارجعه وهذا اشارة الى العدل بين الاولاد فى النحلة وهو التسوية بينهم ولان فى التسوية تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أولى ولو نحل بعضا وحرم بعضا جاز من طريق الحكم لانه تصرف فى خالص ملكه لا حق لاحد فيه الا انه لا يكون عدلا سواء كان المحروم فقيها تقيا أو جاهلا فاسقا على قول المتقدمين من مشايخنا وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس ان يعطى المتأدبين والمتفقهين دون الفسقة الفجرة

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الهبة فالكلام فيه فى ثلاث مواضع فى بيان أصل الحكم وفى بيان صفته وفى بيان ما يرفع الحكم أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب له فى الموهوب من غير عوض لان الهبة تمليك العين من غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض وأما صفته فقد اختلف فيها قال أصحابنا هى ثبوت ملك غير لازم فى الاصل وللواهب ان يرجع فى هبته وانما يثبت اللزوم و يمتنع الرجوع باسباب عارضة وقال الشافعى رحمه الله الثابت بالهبة ملك لازم فى الاصل ولا يثبت الرجوع الا فى هبة الولد خاصة وهى هبة الوالد لولده فنقول يقع

الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان ثبوت حق الرجوع في الهبة وفي بيان شرائط صحة الرجوع بعد ثبوت الحق وفي بيان العوارض المانعة من الرجوع وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعا أما ثبوت حق الرجوع فحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا خلافا للشافعي رحمه الله احتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا فيما يهب الوالد لولده وهذا نص في مسئلة هبة الاجنبي والوالد وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العائد في هبته كالعائد في قيئه والعود في القيء حرام كذا في الهبة ولان الاصل في العقود هو اللزوم والامتناع بعارض خلل في المقصود ولم يوجد لان المقصود من الهبة اكتساب الصيت باظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فمن طلب منهما العوض فقد طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلا (ولنا) الكتاب والسنة واجماع الصحابة رضي الله عنهم أما الكتاب العزيز فقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها والتحية وان كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال (قال القائل) * تحيتهم بيض الولاء بينهم * لكن الثالث تفسير مراد بقرينة من نفس الآية الكريمة وهي قوله تعالى أو ردوها لان الرد انما يتحقق في الاعيان لا في الاعراض لانه عبارة عن اعادة الشيء وذا لا يتصور في الاعراض والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل وأما السنة فما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أي يعوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يصل اليه العوض وهذا نص في الباب وأما إجماع الصحابة فانه روي عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضي الله عنهم انهم قالوا مثل مذهبنا ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعا ولان العوض المالي قد يكون مقصوداً من هبة الاجانب فان الانسان قد يهب من الاجنبي احسانا اليه وانعاما عليه وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفا وعادة فالموهوب له مندوب الى ذلك شرعا قال الله تبارك وتعالى هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال عليه الصلاة والسلام من اصطنع اليكم معروفا فكافؤه فان لم تجدوا ما تكافؤنه فادعوا له حتى يعلم انكم قد كافأتموه وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا والتهادي تفاعل من الهدية فيقتضي الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود من الاجنبي وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع لانه يعدم الرضا والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم كما في البيع اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا وأما الحديث الاول فله تأويلان احدهما انه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضاء وذلك لا يجوز عندنا الا فيما وهب الوالد لولده فانه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه الثاني انه محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلق لا من حيث الحكم لان نفي الحل يحتمل ذلك قال الله تعالى عز وجل في رسولنا عليه الصلاة والسلام لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج قيل في بعض التأويلات لا يحل لك من حيث المروءة والخلف ان تتزوج عليهن بعدما اخترن اياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لا من حيث الحكم اذ كان يحل له التزوج بغيرهن وهذا تأويل الحديث والآخر أن المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا شريعة الا ترى انه قال عليه الصلاة والسلام في رواية أخرى العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي كذا هذا وقوله فيما يهبه الوالد لولده محمول على أخذ مال ابنه عند الحاجة اليه لكنه سماه رجوعا لتصوره بصورة الرجوع مجازاً وان لم يكن رجوعا حقيقة على ما نذكره في تلك المسئلة ان شاء الله تعالى وأما شرائط الرجوع بعد ثبوت الحق حتى لا يصح بدون القضاء والرضا لان الرجوع فسخ العقد بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه يصح بدون القضاء والرضا كالرد بالعيب في البيع بعد القبض وأما العوارض المانعة من الرجوع فانواع منها هلاك الموهوب لانه لا سبيل الى الرجوع في الهالك ولا سبيل الى الرجوع في قيمته لانها ليست

بموهوبة لانعدام و رود العقد عليها ومنها خروج الموهوب من ملك الواهب بأى سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها لان الملك يختلف بهذه الاشياء أما بالبيع والهبة ونحوهما فظاهر وكذا بالموت لان الثابت للوارث غير ما كان ثابتاً للمورث حقيقة لان الملك عرض يتجدد فى كل زمان الا انه مع تجدده حقيقة جعل متجددا تقديراً فى حق المحل حتى يرد الوارث بالعيب و يرد عليه فيجب العمل بالحقيقة فى حق المالك فاختلف الملكان واختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين ثم لو وهب عيناً لم يكن له ان يرجع فى عين أخرى فكذا اذا أوجبه ملكا لم يكن له ان يفسخ ملكا آخر بخلاف ما اذا وهب لعبد رجل هبة فقبضها العبد ان للواهب ان يرجع فيها لان الملك هناك لم يختلف لان الهبة انعقدت موجبة للملك للمولى ابتداء فلم يختلف الملك وكذا المكاتب اذا وهب له هبة وقبضها فللواهب ان يرجع لما قلنا وكذلك ان أعتق المكاتب لان الملك الذى أوجبه بالهبة قد استقر بالعتق فكأنه وهب له بعد العتق فان عجز المكاتب ورد فى الرق فللواهب ان يرجع عند أبى يوسف وعند محمد ليس له ان يرجع وهذا بناء على ان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة فالمولى يملك اكسابه بحكم الملك الاول أو يملكها ملكا مبتدأ فعند أبو يوسف يملكها بحكم الملك الاول فلم يختلف الملك فكان له ان يرجع وعند محمد يملكها ملكا مبتدأ فاختلف الملك فمنع الرجوع (وجه) قول محمد ان ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لان المكاتب صار أحق باكسابه بالكتابة فبطل ملك المولى بالكسب والباطل لا يحتمل العود فكان هذا ملكا مبتدأ فيمنع الرجوع كملك الوارث (وجه) قول أبى يوسف ان سبب ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قائم بعد الكتابة الا انه امتنع ظهور ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل الى المقصود من الكتابة فى جانب المكاتب وهو شرف الحرية باداء بدل الكتابة فاذا عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعا لملك الرقبة فلم يكن هذا ملكا مبتدأ ومنها موت الواهب لان الوارث لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع فى ملك لم يوجبه ومنها الزيادة فى الموهوب زيادة متصلة فنقول جملة الكلام فى زيادة الهبة انها لا تخلو إما ان كانت متصلة بالاصل و إما ان كانت منفصلة عنه فان كانت متصلة بالاصل فانها تمنع الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أولا بفعله وسواء كانت متولدة أو غير متولدة نحو ما اذا كان الموهوب جارية هزيلة فسمنت أو دارا فبنى فيها أو أرضاً فغرس فيها غرساً أو نصب دولابا أو غير ذلك مما يستقى به وهو مثبت فى الارض مبنى عليها على وجه يدخل فى بيع الارض من غير تسمية قليلا كان أو كثيراً أو كان الموهوب ثوباً فصبغه بعصفر أو زعفران أو قطعة قميصاً وخاطه أو جبة وحشاه أو قباء لانه لا سبيل الى الرجوع فى الاصل مع الزيادة لان الزيادة ليست بموهوبة اذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز ان يرد عليها الفسخ ولا سبيل الى الرجوع فى الاصل بدون الزيادة لانه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلا وان صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه أو ينقصه فله ان يرجع لان المانع من الرجوع هو الزيادة فاذا لم يزده الصبغ فى القيمة التحقت الزيادة بالعدم وان كانت الزيادة منفصلة فانها لا تمنع الرجوع سواء كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن والثمر أو غير متولدة كالارش والعقر والكسب والغلة لان هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وانما ورد على الاصل و يمكن فسخ العقد فى الاصل دون الزيادة بخلاف المتصلة و بخلاف ولد المبيع انه يمنع الرد بالعيب لان المانع هناك هو الربا لانه يبقى الولد بعد رد الام بكل الثمن مبيعاً مقصوداً لا يقابله عوض وهذا تفسير الربا ومعنى الربا لا يتصور فى الهبة لان جريان الربا يختص بالمعاوضات فجاز ان يبقى الولد موهوبا مقصوداً بلا عوض بخلاف المبيع وكذا الزيادة فى سعر لا تمنع الرجوع لانه لا تعلق لها بالموهوب وانما هى رغبة يحدثها الله تعالى فى القلوب فلا تمنع الرجوع ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة فى أصول الشرع فلا تغير ضمان الرهن ولا الغصب ولا تمنع الرد بالعيب وأما نقصان الموهوب فلا يمنع الرجوع لان ذلك رجوع فى بعض الموهوب وله ان يرجع فى بعض الموهوب مع بقائه بكماله فكذا اذا نقص ولا يضمن الموهوب له النقصان لان قبض الهبة ليس بقبض مضمون ومنها العوض لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته

مالم يثب منها أي مالم يعوض ولان التعويض دليل على ان مقصود الواهب هو الوصول الى العوض فاذا وصل فقد حصل مقصوده فيمنع الرجوع وسواء قل العوض أو كثر لما روينا من الحديث من غير فصل فنقول العوض نوعان متأخر عن العقد ومشروط في العقد أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضاً والثاني في بيان ماهية هذا التعويض أما الاول فله شرائط ثلاثة الاول مقابلة العوض بالهبة وهو ان يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو ان يقول هذا عوض من هبتك أو بدل عن هبتك أو مكان هبتك أو نحلتك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا بدلا عن هبتك أو كافأتك أو جازيتك أو أثبتك وما يجرى هذا المجرى لان العوض اسم لما يقابل المعوض فلابد من لفظ يدل على المقابلة حتى لو وهب لانسان شيأ وقبضه الموهوب له ثم ان الموهوب له أيضاً وهب شيأ للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضاً بل كان هبة مبتدأة ولكل واحد منهما حق الرجوع لانه لم يجعل الباقي مقابلا بالاول لانعدام ما يدل على المقابلة فكانت هبة مبتدأة فيثبت فيها الرجوع والثاني أن لا يكون العوض في العقد مملوكا بذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب لا يصح ولا يكون عوضاً وان عوضه ببعض الموهوب عن باقيه فان كان الموهوب على حاله التي وقع عليها العقد لم يكن عوضاً لان التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادة اذ لو كان ذلك مقصوده لامسكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع وان كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيراً يمنع الرجوع فان بعض الموهوب يكون عوضاً عن الباقي لانه بالتغير صار بمنزلة عين أخرى فصلح عوضاً هذا اذا وهب شيأ واحداً أو شيئين في عقد واحد فاما اذا وهب شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يكون عوضا وقال أبو يوسف لا يكون عوضاً (وجه) قول أبي يوسف ان حق الرجوع ثابت في غير ما عوض لانه موهوب وحق الرجوع في الهبة ثابت شرعا فاذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعا فلا يقع موقع العوض بخلاف ما اذا تغير الموهوب فجعل بعضه عوضاً عن الباقي انه يجوز وكان مكانا عوضاً لان حق الرجوع قد بطل بالتغير فجاز أن يقع موقع العوض (وجه) قولهما انهما ملكا بعقدين متباينين فجاز أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وهذا لانه يجوز أن يكون مقصود الواهب من هبته الثانية عود الهبة الاولى لان الانسان قد يهب شيأ ثم يبدو له الرجوع فصار الموهوب باحد العقدين بمنزلة عين أخرى بخلاف ما اذا عوض بعض الموهوب عن الباقي وهو على حاله التي وقع عليها العقد لان بعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب فان الانسان لا يهب شيأ ليسلم له بعضه عوضاً عن باقيه وقوله حق الرجوع ثابت شرعا نعم لكن الرجوع في الهبة ليس بواجب فلا يمتنع وقوعه عن جهة أخرى كما لو باعه منه ولو وهب له شيأ وتصدق عليه بشئ فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضاً بالاجماع على اختلاف الاصلين (اما) على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا يشكل لانهما لو ملكا بعقدين متفقين لجاز أن يكون أحدهما عوضاً عن الآخر فعند اختلاف العقدين أولى (واما) على أصل أبي يوسف رحمه الله فلان الصدقة لا يثبت فيها حق الرجوع فوقعت موقع العوض والثالث سلامة العوض للواهب فان لم يسلم بان استحق من يده لم يكن عوضاً وله أن يرجع في الهبة لان بالاستحقاق تبين ان التعويض لم يصح فكانه لم يعوض أصلا فله أن يرجع ان كان الموهوب قائما بعينه لم يهلك ولم يزدد خيراً أو لم يحدث فيه ما يمنع الرجوع فان كان قد هلك أو استهلكه الموهوب له لم يضمنه كما لو هلك أو استهلكه قبل التعويض وكذا اذا ازداد خيراً لم يضمن كما قبل التعويض وان استحق بعض العوض وبقي البعض فالباقي عوض عن كل الموهوب وان شاء رد ما بقي من العوض ويرجع في كل الموهوب ان كان قائما في يده ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع في الهبة بقدر المستحق من العوض (وجه) قوله ان معنى المعاوضة ثبت من الجانبين جميعاً فكما ان الثاني عوض عن الاول فالاول يصير عوضاً عن الثاني ثم لو استحق بعض الهبة الاولى كان للموهوب له أن

يرجع فى بعض العوض فكذا اذا استحق بعض العوض كان للواهب أن يرجع فى بعض الهبة تحقيقاً للمعاوضة (ولنا) ان الباقى يصلح عوضاً عن كل الهبة ألا ترى انه لو لم يعوضه الا به فى الابتداء كان عوضاً مانعاً عن الرجوع فكذا فى الانتهاء بل أولى لان البقاء أسهل الا ان للواهب أن يرده و يرجع فى الهبة لان الموهوب له غره حيث عوضه لاسقاط الرجوع بشئ لم يسلم له فيثبت له الخيار (وأما) سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له فشرطه لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض لانه انما عوض ليسقط حق الرجوع فى الهبة فاذا استحق الموهوب تبين ان حق الرجوع لم يكن ثابتاً فصار كمن صالح عن دين ثم تبين انه لا دين عليه وكذلك لو استحق نصف الموهوب فللموهوب له أن يرجع فى نصف العوض ان كان الموهوب مما يحتمل القسمة لانه انما جعل عوضاً عن حق الرجوع فى جميع الهبة فاذا لم يسلم له بعضه يرجع فى العوض بقدره سواء زاد العوض أو نقص فى السعر أو زاد فى البدن أو نقص فى البدن كان له أن يأخذ نصفه و نصف النقصان كذا روى عن محمد فى الاملاء وانما لم تمنع الزيادة عن الرجوع فى العوض لانه تبين له انه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بعقد فاسد فيثبت الفسخ فى الزوائد وان قال الموهوب له اردما بقى من الهبة وأرجع فى العوض كله لم يكن له ذلك لان العوض لم يكن مشروطاً فى العقد بل هو متأخر عنه والعوض المتأخر ليس بعوض عن العين حقيقة بل هو لاسقاط الرجوع وقد حصل له سقوط الرجوع فيما بقى من الهبة فلم يكن له أن يرجع فى العوض فان كان العوض مستهلكاً ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وان استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض كذا ذكر فى الاصل من غير خلاف وهو احدى روايتى بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله و روى بشر رواية أخرى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة انه لا يضمن شيأ وهو قول أبى يوسف (وجه) رواية الاصل ان القبض فى العوض ما وقع مجانا وانما وقع مبطلا حق الرجوع فى الاول فان لم يسلم المقصود منه بقى القبض مضمونا فكما يرجع بعينه لو كان قائماً يرجع بقيمته اذا هلك (وجه) الرواية الاخرى ان العوض المتأخر عن العقد فى حكم الهبة المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة والموهوب غير مضمون بالهلاك هذا اذا كان الموهوب أو العوض شيأ لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه (فاما) اذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما بطل العوض ان كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة ان كانت هى المستحقة فاذا بطل العوض رجع فى الهبة واذا بطلت الهبة يرجع فى العوض لان بالاستحقاق تبين ان الهبة أو التعويض وقع فى مشاع يحتمل القسمة وذلك باطل الثانى بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف من أصحابنا يصح بما تصح به الهبة و يبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها الا فى اسقاط الرجوع على معنى انه يثبت حق الرجوع فى الاولى ولا يثبت فى الثانية (فاما) فيما وراء ذلك فهو فى حكم هبة مبتدأة لانه تبرع بتمليك العين للحال وهذا معنى الهبة الا انه تبرع به ليسقط حق الرجوع عن نفسه فى الهبة الاولى فكانت هبة مبتدأة مسقطة لحق الرجوع فى الهبة الاولى ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيبا فاحشا لم يكن له أن يرده و يرجع فى العوض وكذلك الواهب اذا وجد بالعوض عيبا لم يكن له أن يرد العوض و يرجع فى الهبة لان الرد بالعيب من خواص المعاوضات والعوض اذا لم يكن مشروطا فى العقد لم يكن عوضا على الحقيقة بل كان هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوض فيه الا فى اسقاط الرجوع خاصة فاذا قبض الواهب العوض فليس لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه (اما) الواهب فلانه قد سلم له العوض عن الهبة وانه يمنع الرجوع (وأما) الموهوب له فلانه قد سلم له ما هو فى معنى العوض فى حقه وهو سقوط حق الرجوع فيمنعه من الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها وسواء عوضه الموهوب له أو أجنبى بأمر الموهوب له أو بغير أمره لم يكن للواهب أن يرجع فى هبته ولا للمعوض أن يرجع فى العوض على الواهب ولا على الموهوب له (أما) الواهب فانما لم يرجع فى هبته لان الاجنبى انما عوض بأمر الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه ولو عوض بنفسه

لم يرجع فكذا اذا عوض الاجنبي بأمره وان عوض بغير أمره فقد تبرع باسقاط الحق عنه والتبرع باسقاط الحق عن الغير جائز كما لو تبرع بمخالعة امرأة من زوجها (واما) المعوض فانه لا يرجع على الواهب لان مقصوده من التعويض سلامة الموهوب للموهوب له واسقاط حق التبرع وقد سلم له ذلك وانما لم يرجع على الموهوب له (اما) اذا كان بغير أمره فلانه تبرع باسقاط الحق عنه فلا يملك أن يجعل ذلك مضمونا عليه (وأما) اذا عوض بأمره فلا يرجع عليه أيضا الا اذا قال له عوض عنى على انى ضامن لانه اذا أمره بالتعويض ولم يضمن له فقد أمره بما ليس بواجب عليه بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الآمر الا بشرط الضمان وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره أطعم عن كفارة يمينى أو أد زكاتى ففعل لا يرجع بذلك على الآمر الا ان يقول له على انى ضامن لانه أمره بما ليس بمضمون عليه بخلاف ما اذا أمر غيره بقضاء الدين فقضاه انه يرجع على الآمر وان لم يقل على انى ضامن نصا لان قضاء الدين مضمون على الآمر فاذا أمره به فقد ضمن له ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضا عن نصفها وكان للواهب أن يرجع فى النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه لان حق الرجوع فى الهبة مما يتجزأ ألا ترى انه لو رجع فى نصف الهبة ابتداء دون النصف جاز فجاز أن يثبت حق الرجوع فى النصف بدون النصف بخلاف العفو عن القصاص والطلاق لان ذلك مما لا يتجزأ فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاطا عن الكل (وأما) العوض المشروط فى العقد فان قال وهبت لك هذا الشئ على أن تعوضنى هذا الثوب فقد اختلف فى ماهية هذا العقد قال أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم ان عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع و ربما عبروا انه هبة ابتداء بيع انتهاء حتى لا يجوز فى المشاع الذى ينقسم ولا يثبت الملك فى كل واحد منهما قبل القبض ولكل واحد منهما أن يرجع فى سلعته ما لم يقبضا وكذا اذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل واحد منهما أن يرجع القابض وغير القابض فيه سواء حتى يتقابضا جميعا ولو تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع يرد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية و يرجع فى الاستحقاق وتجب الشفعة اذا كان غير منقول وقال زفر رحمه الله عقده عقد بيع وجوازه جواز بيع ابتداء وانتهاء وتثبت فيه أحكام البيع فلا يبطل بالشيوع و يفيد الملك بنفسه من غير شريطة القبض ولا يملكان الرجوع (وجه) قوله ان معنى البيع موجود فى هذا العقد لان البيع تمليك العين بعوض وقد وجد الا انه اختلفت العبارة واختلافها لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التمليك (ولنا) انه وجد فى هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملا بشبه الهبة و يثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية فى حق الشفعة عملا بشبه البيع عملا بالدليلين بقدر الامكان والله عز وجل أعلم (ومنها) ما هو فى معنى العوض وهو ثلاثة أنواع الاول صلة الرحم المحرم فلا رجوع فى الهبة لذى رحم محرم من الواهب وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله يرجع الوالد فيما يهب لولده احتج بما روينا عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحل لواهب أن يرجع فى هبته الا الوالد فيما يهب لولده وهذا نص فى الباب (ولنا) ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أى لم يعوض وصلة الرحم عوض معنى لان التواصل سبب التناصر والتعاون فى الدنيا فيكون وسيلة الى استيفاء النصرة وسبب الثواب فى الدار الآخرة فكان أقوى من المال وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله وصلوا الارحام فانه أبقى لكم فى الدنيا وخير لكم فى الدار الآخرة فدخل تحت النص و روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها وهذا نص فى الباب والحديث محمول على النهى عن شراء الموهوب لكنه سماه رجوعا مجازا لتصوره بصورة الرجوع كما روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه تصدق بفرس له على رجل ثم وجده يباع فى السوق فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد فى صدقتك وسيدنا عمر رضى الله عنه قصد الشراء لا العود فى الصدقة لكن سماه عودا لتصوره بصورة العود وهو نهى ندب لان الموهوب له يستحى فيسامحه فى ثمنه فيصير كالراجع فى بعضه والرجوع مكروه وهذا

المعنى لا يوجد فى هبة الوالد لولده لان الولد لا يستحى عن المضايقة فى الثمن لا ستيفاء الثمن لمباسطة بينهما عادة فلم يكره الشراء حملناه على هذا توفيقا بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذى رحم محرم فله أن يرجع لقصور معنى الصلة فى هذه القرابة فلا يكون فى معنى العوض وكذا اذا وهب لذى محرم لا رحم له لانعدام معنى الصلة أصلا ولو وهب لعبد ذى رحم ومولاه أجنبيا (فاما) ان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبيا (واما) ان كان المولى والعبد جميعا ذوى رحم من الواهب فان كان العبد ذارحم محرم من الواهب والمولى أجنبيا فله أن يرجع بلا خلاف بين أصحابنا لان حكم العقد يقع للمولى وانما الواقع للعبد صورة العقد بلا حكم وانه لا يفيد معنى الصلة فانعدم معنى العوض أصلا وان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبيا اختلفوا فيه قال أبو حنيفة رضى الله عنه يرجع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع (وجه) قولهما أن بطلان حق الرجوع بحصول الصلة لانها فى معنى العوض على ما بينا ومعنى الصلة انما يتحقق لوقوع الحكم للقريب والحكم وقع للمولى فصار كأن الواهب أوجب الهبة له ابتداء وانه يمنع الرجوع كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله أن الملك لم يثبت للمولى بالهبة لانها وقعت للعبد ألا ترى أن القبض اليه لا الى المولى وانما ثبت ضرورة تعذر الاثبات للعبد فأقيم مقامه واذا ثبت الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمنع الرجوع مع ما أن الملك يثبت له بالهبة لكن الهبة وقعت للمولى من وجه وللعبد من وجه لان الايجاب أضيف الى العبد والملك وقع للمولى اذا لم يكن دين فلم يتكامل معنى الصلة فى الهبة فصارت كالهبة لذى رحم محرم فان كانا جميعا ذارحم محرم من الواهب فقد ذكر الكرخى عن محمد ان قياس قول أبى حنيفة أن يرجع لان قرابة العبد لا تؤثر فى اسقاط الرجوع لان الملك لم يقع له وقرابة المولى أيضا لا تؤثر فيه لان الايجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الاصل فى الهبة والامتناع معارض المسقط ولم يوجد فلا يسقط وذكر الفقيه أبو جعفر الهندوانى انه ليس له أن يرجع فى هذه المسئلة فى قولهم لان الهبة اما أن يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى وأيهما كان فرحمة كاملة والصلة الكاملة تمنع الرجوع والجواب انه لا يعتبر ههنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعا واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع والله عز وجل أعلم وعلى هذا التفريع اذا وهب لمكاتب شيأ وهو ذو رحم محرم من الواهب أو مولاه ذو رحم محرم من الواهب انه ان أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله فى القرابة وعدمها ان كان أجنبيا يرجع وان كان قريبا لا يرجع لانه لما أدى فعتق استقر ملكه فصار كأن الهبة وقعت له وهو حر ولو كان كذلك يرجع ان كان أجنبيا وان كان قريبا لا يرجع كذا هذا وان عجز ورد فى الرق فقياس قول أبى حنيفة رحمه الله انه يعتبر حال المولى فى القرابة وعدمها ان كان أجنبيا فللواهب أن يرجع وان كان قريبا فليس له أن يرجع بناء على أن الهبة عنده أوجبت ملكا موقوفا على المكاتب وعلى مولاه على معنى انه ان أدى فعتق تبين ان الملك وقع له من حين وجود، وان عجز ورد فى الرق يظهر انه وقع للمولى من وقت وجوده كأن الهبة وقعت له من الابتداء وعلى قول محمد لا يرجع فى الاحوال كلها لان عنده كسب المكاتب يكون للمكاتب من غير توقف ثم ينتقل الى المولى بالعجز كأنه وهب لحى فمات وانتقل الموهوب الى ورثته الثانى الزوجية فلا يرجع كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه لان صلة الزوجية تجرى مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل انه يتعلق بها التوارث فى جميع الاحوال فلا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجرى مجراها الثالث التوارث فلا رجوع فى الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة لانه يطلب بها الثواب كالصدقة ولا رجوع فى الصدقة على الفقير بعد قبضها لحصول الثواب الذى هو فى معنى العوض بوعد الله تعالى وان لم يكن عوضا فى الحقيقة اذا العبد لا يستحق على مولاه عوضا ولو تصدق على غنى فالقياس أن يكون له حق الرجوع لان التصدق على الغنى يطلب منه العوض عادة فكان هبة فى الحقيقة فيوجب الرجوع الا انهم استحسنوا وقالوا ليس له ان يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الاغنياء ألا ترى أن من له نصاب تجب فيه الزكاة وله عيال لا يكفيه ما فى

يده ففى الصدقة عليه ثواب واذا كان الثواب مطلوبا من ذلك فى الجملة فاذا أتى بلفظة الصدقة دل انه أراد به الثواب وانه يمنع الرجوع لما بينا (وأما) الشيوع فنقول لا يمنع الرجوع فى الهبة فللواهب أن يرجع فى نصف الهبة مشاعا وان كان محتملا للقسمة بان وهب دارا فباع الموهوب له نصفها مشاعا كان للواهب أن يرجع فى الباقى وكذا ولم يبع نصفها وهى قائمة فى يد الموهوب له فله أن يرجع فى بعضها دون البعض بخلاف الهبة المستقبلة انها لا تجوز فى المشاع الذى يحتمل القسمة لان القبض شرط جواز العقد والشياع يخل فى القبض الممكن من التصرف والرجوع فسخ والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوع مانعا من الرجوع (وأما) بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعا فنقول و بالله التوفيق لا خلاف فى أن الرجوع فى الهبة بقضاء القاضى فسخ واختلف فى الرجوع فيها بالتراضى فمسائل أصحابنا تدل على انه فسخ أيضا كالرجوع بالقضاء فانهم قالوا يصح الرجوع فى المشاع الذى يحتمل القسمة ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشياع وكذا لا تقف صحته على القبض ولو كانت هبة مبتدأة لوقف صحته على القبض وكذا لو وهب لانسان شيا ووهبه الموهوب له لآخر ثم رجع الثانى فى هبته كان للاول أن يرجع ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له حق الرجوع فهذه المسائل تدل على ان الرجوع بغير قضاء فسخ وقال زفر انه هبة مبتدأة (وجه) قوله ان ملك الموهوب عاد الى الواهب بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب فيعتبر عقدا جديدا فى حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض والدليل على انه هبة مبتدأة ماذكر محمد فى كتاب الهبة ان الموهوب له اذا رد الهبة فى مرض موته انها تكون من الثلث وهذا حكم الهبة المبتدأة (ولنا) ان الواهب بالفسخ يستوفى حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضى والدليل على انه مستوف حق نفسه بالفسخ ان الهبة عقد جائز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا ثابتا له فلا يقف على القضاء بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضى انه يعتبر بيعا جديدا فى حق ثالث لانه لا حق للمشترى فى الفسخ وانما حقه فى صفة السلامة فاذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم موجب الفسخ فى حق ثالث على قضاء القاضى (وأما) ماذكر محمد فمن أصحابنا من التزم وقال هذا يدل على ان الرجوع بغير قضاء هبة مبتدأة وماذكرنا من المسائل يدل على انها فسخ فكان فى المسئلة روايتان (ومنهم) من قال هذا لا يدل على اختلاف الروايتين لانه انما اعتبر الرد من الثلث لكون المريض متهما فى الرد فى حق ورثته فكان فسخا فيما بين الواهب والموهوب له هبة مبتدأة فى حق الورثة وهذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان كالاقالة فانها فسخ فى حق العاقدين بيع جديد فى حق غيرهما واذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب و يملكه الواهب وان لم يقبضه لان القبض انما يعتبر فى انتقال الملك لا فى عود قديم الملك كالفسخ فى باب البيع والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة فى يد الموهوب له حتى لو هلك فى يده لا يضمن لان قبض الهبة قبض غير مضمون فاذا انفسخ عندها بقى القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضمونا عليه الا بالتعدى كسائر الامانات ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضى به ولكن الموهوب له وهب الموهوب للواهب وقبله الواهب الاول لا يملكه حتى يقبضه واذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضى أو بقضاء القاضى وليس للموهوب له أن يرجع فيه وكذا الصدقة (أما) وقوف الملك فيه على القبض فلان الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ وملك الواهب لا يزول الا بالقبض بخلاف ما اذا تراضيا على الرجوع ان الواهب يملكه بدون القبض لان اتفاقهما على الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد ثم اذا قبضه الواهب قام ذلك مقام الرجوع لان الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتدأة فلا يصح الرجوع فيها

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرفع عقد الهبة فالذى يرفعه هو الفسخ اما بالاقالة أو الرجوع بقضاء القاضى أو التراضى على ما بينا واذا انفسخ العقد يعود الموهوب الى قديم ملك الواهب بنفس الفسخ من غير الحاجة الى القبض لما ذكرنا فيما تقدم

﴿كتاب

﴿كتاب الرهن﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن عقد الرهن وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الرهن وفي بيان مايخرج به الرهن عن كونه مرهونا ومايبطل به الركن ومالا يبطل وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل أما ركن عقد الرهن فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول الراهن رهنتك هذا الشيء بمالك على من الدين أو يقول هذا الشيء رهن بدينك ومايجرى هذا المجرى ويقول المرتهن ارتهنت أوقبلت أو رضيت ومايجرى مجراه فأما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى شيأ بدراهم ودفع الى البائع ثوبا وقال له امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لانه أتى بمعنى العقد والعبرة في باب العقود للمعاني

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى نفس الرهن وبعضها يرجع الى الراهن والمرتهن وبعضها يرجع الى المرهون وبعضها يرجع الى المرهون به (أما) الذي يرجع الى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقا بشرط ولا مضافا الى وقت لان في الرهن والارتهان معنى الايفاء والاستيفاء فيشبه البيع وانه لا يحتمل التعليق بشرط والاضافة الى وقت كذا هذا (وأما) الذي يرجع الى الراهن والمرتهن فعقلهما حتى لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل (فأما) البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية حتى يجوز من الصبي المأذون والعبد المأذون لان ذلك من توابع التجارة فيملكه من يملك التجارة ولان الرهن والارتهان من باب ايفاء الدين واستيفائه وهما يملكان ذلك وكذا السفر ليس بشرط لجواز الرهن فيجوز الرهن في السفر والحضر جميعا لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استقرض بالمدينة من يهودي طعاما ورهنه به درعه وكان ذلك رهنا في الحضر ولان ماشرع له الرهن وهو الحاجة الى توثيق الدين يوجد في الحالين وهو الرهن عن تواء الحق بالجحود والانكار وتذكره عند السهو والنسيان والتنصيص على السفر في كتاب الله تعالى عز وجل ليس لتخصيص الجواز بل هو اخراج الكلام مخرج العادة كقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا (وأما) الذي يرجع الى المرهون فأنواع (منها) أن يكون محلا قابلا للبيع وهو أن يكون موجودا وقت العقد مالا مطلقا متقوما مملوكا معلوما مقدور التسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ماليس بموجود عند العقد ولا رهن مايحتمل الوجود والعدم كما اذا رهن ماتثمر نخيله العام أو ماتلد أغنامه السنة أو مافي بطن هذه الجارية ونحو ذلك ولا رهن الميتة والدم لانعدام ماليتهما ولا رهن صيد الحرم والاحرام لانه ميتة ولا رهن الحر لانه ليس بمال أصلا ولا رهن أم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لانهم أحرار من وجه فلا يكونون أموالا مطلقة ولا رهن الخمر والخنزير من المسلم سواء كان العاقدان مسلمين أو أحدهما مسلم لانعدام مالية الخمر والخنزير في حق المسلم وهذا لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاؤه ولا يجوز للمسلم ايفاء الدين من الخمر واستيفاؤه الا أن الراهن اذا كان ذميا كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن لان الرهن اذا لم يصح كانت الخمر بمنزلة المغصوب في يد المسلم وخمر الذمي مضمون على المسلم بالغصب واذا كان الراهن مسلما والمرتهن ذميا لا تكون مضمونة على أحد (وأما) في حق أهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهانهما منهم لان ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاة عندنا ولا رهن المباحات من الصيد والحطب والحشيش ونحوها لانها ليست بمملوكة في أنفسها (فأما) كونه مملوكا للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير اذنه بولاية شرعية كالاب والوصي يرهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه لان الرهن لا يخلو (اما) ان يجرى مجرى الايداع (واما) ان يجرى مجرى المبادلة والاب يلي كل واحد منهما في مال الصغير فانه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير فان هلك الرهن في يد المرتهن قبل أن يفتكه الاب هلك بالاقل من قيمته ومما رهن به لان الرهن وقع صحيحا وهذا حكم الرهن الصحيح وضمن الاب قدر ماسقط من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن فلو أدرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فليس

له أن يسترده قبل قضاء القاضي لما ذكرنا أن الرهن وقع صحيحا لوقوعه عن ولاية شرعية فلا يملك الولد نقضه ولكن يؤمر الاب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده لزوال ولايته بالبلوغ ولو قضى الولد دين أبيه وافتك الرهن لم يكن متبرعا و يرجع بجميع ماقضى على أبيه لانه مضطر الى قضاء الدين اذ لا يمكنه الوصول الى ملكه الا بقضاء الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأمورا بالقضاء من قبل الاب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى كما لو استعار من انسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن ثم ان المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن انه يرجع بجميع ماقضى على المستعير لما قلنا كذا هذا وكذلك حكم الوصي في جميع ماذكرنا حكم الاب وانما يفترقان في فصل آخر وهو انه يجوز للاب أن يرتهن مال الصغير بدين ثبت على الصغير واذا هلك يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين واذا أدرك الولد ليس له أن يسترده اذا كان الاب يشهد على الارتهان وان كان لم يشهد على ذلك لم يصدق عليه بعد الادراك الا بتصديق الولد و يجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه و يحبسه لاجل الولد واذا هلك بعد ذلك فيهلك بالاقل من قيمته ومن الدين اذا كان أشهد عليه قبل الهلاك وان كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لم يصدق الا أن يصدقه الولد بعد الادراك والوصي لو فعل هذا من اليتيم لا يجوز رهنه ولا ارتهانه أما على أصل محمد فلا يشكل لانه لا يرى بيع مال اليتيم من نفسه ولا شراء ماله لنفسه أصلا فكذلك الرهن وعلى قولهما ان كان يجوز البيع والشراء لكن اذا كان خيرا لليتيم ولا خير له في الرهن لانه يهلك أبدا بالاقل من قيمته ومن الدين فلم يكن فيه خير لليتيم فلم يجز وكذلك يجوز رهن مال الغير باذنه كما لو استعار من انسان شيأ ليرهنه بدين على المستعير لما ذكرنا ان الرهن ايفاء الدين وقضاؤه والانسان بسبيل من أن يقضي دين نفسه بمال غيره باذنه ثم اذا أذن المالك بالرهن فاذنه بالرهن لا يخلو اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا فللمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير و بأي جنس شاء وفي أي مكان كان ومن أي انسان أراد ولان العمل باطلاق اللفظ أصل وان كان مقيدا بان سمى قدرا أو جنسا أو مكانا أو انسانا يتقيد به حتى لو أذن له أن يرهنه بعشرة لم يجز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل لان المتصرف باذن يتقيد تصرفه بقدر الاذن والاذن لم يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهن بالاكثر ولا بالاقل أيضا لان المرهون مضمون والمالك انما جعله مضمونا بالقدر وقد يكون له في ذلك غرض صحيح فكان التقييد به مفيدا وكذلك لو أذن له أن يرهنه بجنس لم يجز له أن يرهنه بجنس آخر لان قضاء الدين من بعض الاجناس قد يكون أيسر من بعض فكان التقييد بالجنس مفيدا وكذا اذا أذن له أن يرهنه بالكوفة لم يجز له أن يرهنه بالبصرة لان التقييد بمكان دون مكان مفيد فيتقيد بالمكان المذكور وكذا اذا أذن له أن يرهنه من انسان بعينه لم يجز له أن يرهنه من غيره لان الناس متفاوتون في المعاملات فكان التعيين مفيدا فان خالف في شيء مما ذكرنا فهو ضامن لقيمته اذا هلك لانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فصار غاصبا وللمالك أن يأخذ الرهن من يد المرتهن لان الرهن لم يصح فبقي المرهون في يده بمنزلة المغصوب فكان له أن يأخذه منه وليس لهذا المستعير ان ينتفع بالمرهون لا قبل الرهن ولا بعد الانفكاك فان فعل ضمن لانه لم يأذن له الا بالرهن فان انتفع به قبل أن يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته بريء من الضمان حين رهن ذكره في الاصل لانه لما انتفع به فقد خالف ثم لما رهنه فقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان كالمودع اذا عاد الى الوفاق بعد ما خالف في الوديعة بخلاف ما اذا استعار العين لينتفع بها فخالف ثم عاد الى الوفاق انه لا يبرأ عن الضمان لان المستعير للانتفاع ليست يده يد المالك بل يد نفسه حيث تعود المنفعة اليه فلم تكن بالعود الى الوفاق رادا للمال الى يد المالك فلا يبرأ عن الضمان (فأما) المستعير للرهن فيده قبل الرهن يد المالك فاذا عاد الى الوفاق فقد رد المال الى يد المالك فيبرأ عن الضمان واذا قبض المستعير العارية فهلك في يده قبل أن يرهنه فلا ضمان عليه لانه هلك في قبض العارية لا في قبض الرهن وقبض العارية قبض أمانة لا قبض ضمان وكذلك اذا هلك في يده بعد ما افتكه من يد المرتهن لانه بالافتكاك من يد المرتهن عاد عارية فكان الهلاك في قبض العارية ولو وكل الراهن يعني المستعير بقبض الرهن من المرتهن أحدا فقبضه فهلك في يد القابض فان كان القابض في عياله لم يضمن لان يده كيده

والمالك رضي بيده وان لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيده فلم يكن المالك راضياً بيده وان هلك في يد المرتهن وقدرهن على الوجه الذي أذن فيه ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه من مال الغير باذنه بالرهن اذ الرهن قضاء الدين و يتعذر القضاء عند الهلاك وكذلك لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الراهن ذلك القدر لانه قضى ذلك القدر من دينه بمال الغير فيضمن ذلك القدر فكان المستعير بمنزلة رجل عنده وديعة لانسان فقضى دين نفسه بمال الوديعة باذن صاحبها فما قضى يكون مضمونا عليه ومالم يقبض يكون أمانة في يده فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك لا يكون متبرعا ويرجع بجميع ماقضى على المستعير وذكر الكرخي انه يرجع بقدر ما كان يملك الدين به ولا يرجع بالزيادة عليه ويكون متبرعا فيها حتى لو كان المستعير رهن بألفين وقيمة الرهن ألف فقضى المالك ألفين فانه يرجع على المستعير بألفين وعلى ماذكره الكرخي يرجع عليه بألف (وجه) قول الكرخي ان المضمون على المستعير قدر الدين بدليل انه لا يضمن عند الهلاك الا قدر الدين فاذا قضى المالك الزيادة على المقدر كان متبرعا فيها (وجه) القول الآخر ان المالك مضطر الى قضاء كل الدين الذي رهن به لانه علق ماله عند المرتهن بحيث لا فكاك له الا بقضاء كل الدين فكان مضطرا في قضاء الكل فكان مأذونا فيه من قبل الراهن دلالة كأنه وكله بقضاء دينه فقضاه المعير من مال نفسه ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى كذا هذا وليس للمرتهن أن يمتنع من قبض الدين من المعير و يجبر على القبض و يسلم الرهن اليه لان له ولاية قضاء الدين لتخلص ملكه وازالة العلق عنه فلا يكون للمرتهن ولاية الامتناع من القبض والتسليم فان اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المعير هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل أن أرهنه أو بعد ما افتكيته فالقول قول الراهن مع يمينه لان الضمان انما وجب على المستعير لكونه قاضياً دين نفسه من مال الغير باذنه وهو ينكر القضاء فكان القول قول المنكر ولا يجوز رهن المجهول ولا معجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه والاصل فيه ان كل مالا يجوز بيعه لا يجوز رهنه وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب البيوع (ومنها) أن يكون مقبوض المرتهن أو من يقوم مقامه والكلام في القبض في مواضع في بيان انه شرط جواز الرهن وفي بيان شرائط صحته وفي تفسير القبض وماهيته وفي بيان أنواعه (اما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال عامة العلماء انه شرط وقياس قول زفر رحمه الله في الهبة أن يكون ركنا كالقبول حتى ان من حلف لا يرهن فلانا شيأ فرهنه ولم يقبضه يحنث عندنا وعنده لا يحنث كما في الهبة والصحيح قولنا لقول الله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة ولو كان القبض ركنا لصار مذكوراً بذكر الرهن فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه مقبوضة معنى فدل ذكر القبض مقرونا بذكر الرهن على انه شرط وليس بركن وقال مالك رحمه الله ليس بركن ولا شرط والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة وصف سبحانه وتعالى الرهن بكونه مقبوضاً فيقتضي أن يكون القبض فيه شرطاً صيانة لخبره تعالى عن الخلف ولانه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات ولو تعاقدا على أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين ولو أراد المرتهن أن يقبضه من يده ليحبسه رهناً ليس له ذلك لان هذا شرط فاسد أدخلاه في الرهن فلم يصح الرهن ولو تعاقدا على أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز و يكون قبضه كقبض المرتهن وهذا قول العامة وقال ابن أبي ليلى لا يصح الرهن الا بقبض المرتهن والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل ولان قبض العدل برضا المرتهن قبض المرتهن معنى ولو قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد عدل آخر و وضعاه في يده جاز لانه جاز وضعه في يد الاول لتراضيهما فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما وكذا اذا قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد المرتهن و وضعاه في يده لانه جاز وضعه في يده في الابتداء فكذا في الانتهاء وكذا اذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن و وضعه في يده جاز لان القبض الصحيح للعقد قد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده و يد الاجنبي سواء ولو رهن رهنا وسلط عدلا على بيعه عند المحل فلم يقبض حتى حل الاجل فالرهن باطل لان صحته بالقبض والبيع صحيح لان صحة

التوكيل لا تقف صحته على القبض فصح البيع وان لم يصح الرهن وكذلك لو رهن مشاعا وسلطه على بيعه فالرهن باطل والوكالة صحيحة لما ذكرنا ولو جعل عدلا في الامساك وعدلا في البيع جاز لان كل واحد منهما أمر مقصود فيصح افراده بالتوكيل (وأما) بيان شرائط صحته فأنواع (منها) أن يكون باذن الراهن لما ذكرنا في الهبة ان الاذن بالقبض شرط صحته فيما له صحة بدون القبض وهو البيع فلان يكون شرطا فيما لا صحة له بدون القبض أولى ولان القبض في هذا الباب يشبه الركن كما في الهبة فيشبه القبول وذا لا يجوز من غير رضا الراهن كذا هذا ثم نقول الاذن نوعان نص وما يجرى مجرى النص دلالة فالاول نحو أن يقول أذنت له بالقبض أو رضيت به أو اقبض وما يجرى هذا المجرى فيجوز قبضه سواء قبض في المجلس أو بعد الافتراق استحسانا وقياس قول زفر في الهبة ان لا يجوز بعد الافتراق والثاني نحو أن يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهاه فيصح قبضه استحسانا وقياس قول زفر في الهبة أن لا يصح كما لا يصح بعد الافتراق لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول فلا يجوز من غير اذن كالقبول وصار كالبيع الصحيح بل أولى لان القبض ليس بشرط لصحته وانه شرط لصحة الرهن (وجه) الاستحسان انه وجد الاذن ههنا دلالة الاقدام على ايجاب الرهن لان ذلك دلالة القصد الى ايجاب حكمه ولا ثبوت لحكمه الا بالقبض ولا صحة للقبض بدون الاذن فكان الاقدام على الايجاب دلالة الاذن بالقبض والاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق فلم يوجد الاذن هناك نصا ودلالة بخلاف البيع لان البيع الصحيح بدون القبض فلم يكن الاقدام على ايجابه دليل القبض فلا يكون دليل الاذن فهو الفرق ولو رهن شيأ متصلا بما لم يقع عليه الرهن كالثمر المعلق على الشجر ونحوه مما لا يجوز الرهن فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الراهن لم يجز قبضه سواء كان الفصل والقبض في المجلس أو في غيره لان الايجاب ههنا لم يقع صحيحا فلا يستدل به على الاذن بالقبض وان قبض باذنه فالقياس أن لا يجوز وهو قول زفر وفي الاستحسان جائز بناء على أصل ذكرناه في الهبة والله الموفق (ومنها) الحيازة عندنا فلا يصح قبض المشاع وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وقبض المشاع صحيح (وجه) قوله ان الشياع لا يقدح في حكم الرهن ولا في شرطه فلا يمنع جواز الرهن ودلالة ذلك ان حكم الرهن عنده كون المرتهن أحق ببيع المرهون واستيفاء الدين من بدله على ماذكر والشيوع لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وانه ممكن في النصف الشائع بتخلية الكل (ولنا) ان قبض النصف الشائع وحده لا يتصور والنصف الآخر ليس بمرهون فلا يصح قبضه وسواء كان مشاعا يحتمل القسمة أو لا يحتملها لان الشيوع يمنع تحقق قبض الشائع في النوعين جميعا بخلاف الهبة فان الشيوع فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك ضمان القسمة على ماذكرنا في كتاب الهبة وانه يخص المقسوم وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه على ماذكر ان شاء الله تعالى وسواء كان مقارنا للعقد أو طرأ عليه في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان الشيوع الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة صورته اذا رهن شيأ وسلط المرتهن أو العدل على بيعه كيف شاء مجتمعا أو متفرقا فباع نصفه شائعا أو استحق بعض الرهن شائعا (وجه) رواية أبي يوسف ان حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء لان البقاء أسهل من حكم الابتداء لهذا فرق الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الاحكام كالعدة الطارئة والاباق الطارئ ونحو ذلك فكون الحيازة شرطا في ابتداء العقد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة (وجه) ظاهر الرواية ان المانع في المقارن كون الشيوع مانعا عن تحقق القبض في النصف الشائع وهذا المعنى موجود في الطارئ فيمنع البقاء على الصحة ولو رهن رجلان رجلا عبدا بدين له عليهما رهنا واحدا جاز وكان كله رهنا بكل الدين حتى ان للمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي كل الدين واذا قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لان كل واحد منهما رهن كل العبد بما عليه من الدين لا نصفه وان كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا أن كون المرهون مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن فانه يجوز رهن مال الغير باذنه لما بينا واقدامهما على رهنه صفقة واحدة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار كل العبد

رهنا بكل الدين ولا استحالة فى ذلك لان الرهن حبس وليس يمتنع أن يكون العبد الواحد محبوسا بكل الدين فلم يكن هذا رهن الشائع فجاز وليس لاحدهما أن يأخذ نصيبه من العبد اذا قضى ما عليه من الدين لان كله مرهون بكل الدين فما بقى شئ من الدين بقى استحقاق الحبس وكذلك اذا رهن رجل رجلين بدين لهما عليه وهما شريكان فيه أولا شركة بينهما جاز واذا قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يقبض شيأ من الرهن لانه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما وكل العبد يصلح رهنا بدين كل واحد منهما على الكمال كأن ليس معه غيره لما ذكرنا وهذا بخلاف الهبة من رجلين على أصل أبى حنيفة عليه الرحمة انها غير جائزة لان الهبة تمليك وتمليك شئ واحد من اثنين من كل واحد منهما على الكمال محال والعاقل لا يقصد بتصرفه المحال فاما الرهن فحبس ولا استحالة فى كون الشئ الواحد محبوسا بكل واحد من الدينين فهو الفرق بين الفصلين غير انه وان كان محبوسا بكل واحد من الدينين لكنه لا يكون مضمونا الا بحصته حتى لو هلك تنقسم قيمته على الدينين فيسقط من كل واحد منهما بقدره لان المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا الدين من مالية الرهن وانه لا يفى لاستيفاء الدينين وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما فيسقط من كل واحد منهما بقدره وعلى هذا يخرج حبس المبيع بان اشترى رجلان من رجل شيأ فأدى أحدهما حصته من الثمن لم يكن له أن يقبض شيأ من المبيع وكان للبائع أن يحبس كله حتى يستوفى ما على الاخر لان كل المبيع محبوس بكل الثمن فما بقى جزء من الثمن بقى استحقاق حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار أو رهن طائفة معينة من دار جاز لانعدام الشيوع وعلى هذا الاصل تخرج زيادة الدين على الرهن انها لا تجوز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وجملة الكلام فى الزيادات انها أنواع أربعة زيادة الرهن وهى نماؤه كالولد واللبن والثمر والصوف وكل ما هو متولد من الرهن أو فى حكم المتولد منه بان كان بدل جزء فائت أو بدل ما هو فى حكم الجزء كالارش والعقر وزيادة الرهن على أصل الرهن كما اذا رهن بالدين جارية ثم زاد عبداً أو غير ذلك رهناً بذلك الدين وزيادة الرهن على نماء الرهن كما اذا رهن بالدين جارية فولدت ولداً ثم ماتت الجارية ثم زاد رهنا على الولد وزيادة الدين على الرهن كما اذا رهن عبداً بألف ثم ان الراهن استقرض من المرتهن ألفا أخرى على أن يكون العبد رهنا بالاول والزيادة جميعا (اما) زيادة الرهن فرهونة عندنا على معنى انه يثبت حكم الاصل فيها وهو استحقاق الحبس على طريق اللزوم وعند الشافعى رحمه الله ليست بمرهونة أصلا والمسئلة تأتى فى بيان حكم الرهن ان شاء الله تعالى (وأما) زيادة الرهن فجائزة استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله وهو على اختلاف الزيادة فى الثمن والمثمن وقد مرت المسئلة فى كتاب البيوع (واما) زيادة الرهن على نماء الرهن بعد هلاك الاصل فهى موقوفة ان بقى الولد الى وقت الفكاك جازت الزيادة وان هلك لم تجز لانها اذا هلكت تبين انها حصلت بعد سقوط الدين وقيام الدين شرط صحة الزيادة (واما) زيادة الدين على الرهن فهى على الاختلاف الذى ذكرنا انه لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف جائزة (وجه) قوله ان الدين فى باب الرهن كالثمن فى باب البيع بدليل انه لا يصح الرهن الا بالدين كما لا يصح البيع الا بالثمن ثم هناك جازت الزيادة فى الثمن والمثمن جميعا فكذا هنا تجوز الزيادة فى الرهن والدين جميعا والجامع بين البابين ان الزيادة عندنا تلتحق بأصل العقد كان العقد ورد على الاصل والزيادة جميعا فيصير كأنه رهن بالدين عبدين ابتداء وذا جائز كذا هذا (وجه) قولهما ان هذه الزيادة لو صحت لاوجبت الشيوع فى الرهن وانه يمنع صحة الرهن ودلالة ذلك انها لو صحت لصار بعض العبد بمقابلتها فلا يخلو (اما) أن يصير ذلك البعض بمقابلة الزيادة مع بقائه مشغولا بالاول (واما) أن يفرغ من الاول ويصير مشغولا بالزيادة لا سبيل الى الاول لان المشغول بشئ لا يحتمل الشغل بغيره ولا سبيل الى الثانى لانه رهن بعض العبد بالدين وهذا رهن المشاع فلا يجوز كما اذا رهن عبدا واحدا بدينين مختلفين لكل واحد منهما بعضه بخلاف زيادة الرهن على أصل الرهن لان الزيادة هناك لا تؤدى الى شيوع الرهن بل الى شيوع الدين لان قبل الزيادة كان العبد بمقابلة كل الدين وبعد الزيادة صار كله بمقابلة بعض الدين والعبد والزيادة بمقابلة البعض الآخر فيرجع

الشيوع الى الدين لا الى الرهن والشيوع في الدين لا يمنع صحة الرهن وفي الرهن يمنع صحته ألا ترى لو رهن عبدا بنصف الدين جاز ولو رهن نصف العبد بالدين لم يجز لذلك افترق حكم الزيادتين ولو رهن مشاعا فقسم وسلم جاز لان العقد في الحقيقة موقوف على القسمة والتسليم بعد القسمة فاذا وجد فقد زال المانع من النفاذ فينفذ (ومنها) أن يكون المرهون فارغا عما ليس بمرهون فان كان مشغولا به بأن رهن دارا فيها متاع الراهن وسلم الدار أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع أو رهن جوالقا دون ما فيه وسلم الجوالق أو سلمه مع ما فيه لم يجز لان معنى القبض هو التخلية الممكنة من التصرف ولا يتحقق مع الشغل ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز و ينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لان المانع هو الشغل وقد زال فينفذ كما في رهن المشاع ولو رهن المتاع الذي فيها دون الدار وخلى بينه و بين الدار جاز بخلاف ما اذا رهن الدار دون المتاع لان الدار تكون مشغولة بالمتاع فاما المتاع فلا يكون مشغولا بالدار فيصح قبض المتاع ولم يصح قبض الدار ولو رهن الدار والمتاع والذي فيها صفقة واحدة وخلى بينه و بينهما وهو خارج الدار جاز الرهن فيهما جميعا لانه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعا ولو فرق الصفقة فيهما بأن رهن أحدهما ثم الآخر فان جمع بينهما في التسليم صح الرهن فيهما جميعا (أما) في المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا ان المتاع لا يكون مشغولا بالدار (وأما) في الدار فلان المانع وهو الشغل قد زال وان فرق بأن رهن أحدهما وسلم ثم رهن الآخر وسلم لم يجز الرهن في الدار وجاز في المتاع سواء قدم أو أخر بخلاف الهبة فان هناك يراعى فيه الترتيب ان قدم هبة الدار لم تجز الهبة في الدار وجازت في المتاع كما في الرهن وان قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا (اما) في المتاع فلانه غير مشغول بالدار (واما) في الدار فلانها وان كانت مشغولة وقت القبض لكن بمتاع هو ملك الموهوب له فلم يمنع صحة القبض وهنا الدار مشغولة بمتاع هو ملك الراهن فيمنع صحة القبض فهو الفرق ولو رهن دارا والراهن والمرتهن في جوف الدار فقال الراهن سلمتها اليك لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم يسلم لان معنى التسليم وهو التخلية لا يتحقق مع كونه في الدار فلا بد من تسليم جديد بعد الخروج منها ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن حتى يلقى الحمل عنها ثم يسلمها الى المرتهن ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها اليه كان رهنا تاما في الحمل لان الدابة مشغولة بالحمل اما الحمل فليس مشغولا بالدابة كما في رهن الدار التي فيها المتاع بدون المتاع ورهن المتاع الذي في الدار بدون الدار ولو رهن سرجا على دابة أو لجاما في رأسها أو رسنا في رأسها فدفع اليه الدابة مع اللجام والسرج والرسن لم يكن رهنا حتى ينزعه من رأس الدابة ثم يسلم بخلاف ما اذا رهن متاعا في الدار لان السرج ونحوه من توابع الدابة فلم يصح رهنها بدون الدابة كما لا يصح رهن الثمر بدون الشجر بخلاف المتاع فانه ليس تبعا للدار ولهذا قالوا لو رهن دابة عليها سرج أو لجام دخل ذلك في الرهن بحكم التبعية وعلى هذا يخرج ما اذا رهن جارية واستثنى ما في بطنها أو بهيمة واستثنى ما في بطنها انه لا يجوز الاستثناء ولا العقد أما الاستثناء فلانه لو جاز لكان المرهون مشغولا بما ليس بمرهون وأما العقد فلان استثناء ما في البطن بمنزلة الشرط الفاسد والرهن تبطله الشروط الفاسدة كالبيع بخلاف الهبة ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم رهن الام أو دبر ما في بطنها ثم رهن الام فالكلام فيه كالكلام في الهبة وقد مر الكلام في الهبة ومنها ان يكون المرهون منفصلا متميزا عما ليس بمرهون فان كان متصلا به غير متميز عنه لم يصح قبضه لان قبض المرهون وحده غير ممكن والمتصل به غير مرهون فاشبه رهن المشاع وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا رهن الارض بدون البناء أو بدون الزرع والشجر أو الزرع والشجر بدون الارض أو الشجر بدون الثمر أو الثمر بدون الشجر انه لا يجوز سواء سلم المرهون بتخلية الكل أولا لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جد الثمر وحصد الزرع وسلم منفصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو جمع بينهما في عقد الرهن فرهنهما جميعا وسلم متفرقا جاز وان فرق الصفقة بان رهن الزرع ثم الارض أو الارض ثم الزرع ينظر ان جمع بينهما في التسليم جاز الرهن فيهما جميعا وان فرق لا يجوز فيهما جميعا سواء قدم أو أخر بخلاف الفصل الاول لان المانع في الفصلين مختلف

فالمانع من صحة القبض فى هـذا الفصل هو الاتصال وانه لا يختلف والمانع من صحة القبض فى الفصل الاول هو الشغل وانه يختلف مثال هـذا اذا رهن نصف داره مشاعا من رجل ولم يسلم اليه حتى رهنـه النصف الباقى وسلم الكل انه يجوز ولو رهن النصـف وسلم ثم رهن النصف الباقى وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هـذا اذا رهن صوفا على ظهر غنم بدون الغنم انه لا يجوز لان المرهون متصـل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جزه وسلمه جاز لان المانع قد زال وعلى هـذا أيضا اذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا رهن ما فى بطن جاريتـه أو ما فى بطن غنمه أو ما فى ضرعها أو رهن سمنا فى لبن أو دهنا فى سمسم أو زيتا فى زيتون أو دقيقا فى حنطة انه يبطل وان سلطه على قبضـه عنـد الولادة أو عنـد استخراج ذلك فقبض لان العقد هناك لم ينعقد أصلا لعدم المحل لكونه مضافا الى المعدوم ولهـذا لم ينعقد البيع المضاف اليها فكذا الرهن أما هنا فالعقد منعقد موقوف نفاذه على صحة التسليم بالفصل والتميز فاذا وجد فقد زال المانع ولو رهن الشجر بمواضعه من الارض جاز لان قبضه ممكن ولو رهن شجرا وفيه ثمر لم يسمه فى الرهن دخل فى الرهن بخلاف البيع انه لا يدخـل الثمر فى بيـع الشجر من غير تسمية لانه قصد تصحيح الرهن ولا صحة له بدون القبض ولا صحة للقبض بدون دخول ما هو متصل به فيدخل تحت العقد تصحيحا له بخلاف البيـع فانه يصح فى الشجر بدون الثمر ولا ضرورة الى ادخال الثمر للتصحيح ولو قال رهنتك هذه الدار أو هـذه الارض أو هذا الـكرم وأطلق القول ولم يخص شيأ دخل فيه كل ما كان متصلا به من البناء والغرس لان ذلك يدخل فى البيع مع ان القبض ليس من شرط صحته فلان يدخل فى الرهن أولى الا انه يدخل فيه الزرع والثمر ولا يدخل فى البيع لما ذكرنا بخـلاف المتاع انه لا يدخل فى رهن الدار و يدخل الثمر فى رهن الشجر لان الثمر تابع للشجر والمتاع ليس بتابع للدار ولو استحق بعض المرهون بعد صحة الرهن ينظر الى الباقى ان كان الباقى بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتداء لا يفسد الرهن فيه وان كان مما لا يجوز رهنه ابتداء فسد الرهن فى الكل لانه لما استحق بعضه تبين ان العقد لم يصح فى القدر المستحق وانه لم يقع الا على الباقى فكانه رهن هذا القدر ابتداء فينظر فيه ان كان محلا لابتداء الرهن يبقى الرهن فيه والا فيفسد فى الكل كما لو رهن هذا القدر ابتداء الا انه اذا بقى الرهن فيه يبقى بحصته حتى لو هلك الباقى يهلك بحصته من الدين وان كان فى قيمته وفاء بجميع الدين ولا يذهب جميع الدين واذا رهن الباقى ابتـداء وفيه وفاء بالدين فهلك يهلك بجميع الدين وان شئت ان تجعل الحيازة شرطا مفرداً وخرجت المشاع على هذا الاصل لانه مرهون متصل بما ليس بمرهون حقيقة فكان تخريجه عليه مستقيما فافهم ومنها أهلية القبض وهى العقل لانه يثبت به أهلية الركن وهو الايجاب والقبول فلان تثبت به أهلية الشرط أولى وأما تفسير القبض فالقبض عبارة عن التخلى وهو التمكن من اثبات اليد. وذلك بارتفاع الموانع وانه يحصـل بتخلية الراهن بين المرهون والمرتهن فاذا حصل ذلك صار الراهن مسلماً والمرتهن قابضا وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه يشترط معه النقل والتحويل فـلم يوجد لا يصير قابضا وجه هذه الرواية ان القبض شرط صحة الرهن قال الله تبارك وتعالى فرهان مقبوضـة ومطلق القبض ينصرف الى القبض الحقيقى ولا يتحقق ذلك الا بالنقل فاما التخلى فقبض حكما لا حقيقة فلا يكتفى به وجه ظاهر الرواية ان التخلى بدون النقل والتحويل قبض فى العرف والشرع أما العرف فان القبض يرد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار يقال هذه الارض أو هذه القرية أو هـذه الولاية فى يد فلان فـلا يفهم منـه الا التخلى وهو التمـكن من التصرف وأما الشرع فان التخلى فى باب البيع قبض بالاجماع من غير نقل وتحويل دل ان التخلى بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشريعة فيكتفى به وأما بيان أنواع القبض فنقول وبالله التوفيق القبض نوعان نوع بطريق الاصالة ونوع بطريق النيـابة أما القبض بطريق الاصالة فهو ان يقبض بنفسه لنفسـه وأما القبض بطريق النيابة فنوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القبض أما الذى يرجع الى القابض فنحو قبض الاب والوصى عن الصبى وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض

المرتهن حتى لو هلك الرهن فى يده كان الهلاك على المرتهن لان نفس القبض مما يحتمل النيابة ولان قبض الرهن قبض استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النيابة وأما الذى يرجع الى نفس القبض فهو ان المرهون اذا كان مقبوضا عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فالاصل فيه ما ذكرنا فى كتاب البيوع والهبة ان القبضين اذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر واذا اختلفا ناب الاعلى عن الادنى وقد بينا فقه هذا الاصل وفروعه فيما تقدم وان شئت عددت الحيازة والفراغ والتمييز من شرائط نفس العقد فقلت ومن شرائط صحة العقد ان يكون المرهون محوزا عندنا و بنيت المشاع عليه وان شئت قلت ومنها دوام القبض عندنا وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط و بنيت عليه المشاع (ولنا) فى اثبات هذا الشرط دليلان أحدهما قوله تعالى فرهان مقبوضة أخبر الله سبحانه وتعالى ان المرهون مقبوض فيقتضى كونه مقبوضا مادام مرهونا لان اخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلف والشيوع يمنع دوام القبض فيمنع صحة الرهن والثانى ان الله تبارك وتعالى سماه رهنا وكذا يسمى رهنا فى متعارف اللغة والشرع والرهن حبس فى اللغة قال الله تبارك وتعالى كل نفس بما كسبت رهينة أى حبيسة بكسبها فيقتضى ان يكون محبوساً مادام مرهونا والشياع يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن وسواء كان فيما يحتمل القسمة أو فيما لا يحتملها لان الشيوع يمنع ادامة القبض فيهما جميعاً وسواء كان الشيوع مقارنا أو طارئا فى ظاهر الرواية لان كل ذلك يمنع دوام القبض وسواء كان الرهن من أجنبى أو من شريكه لانه لو جاز لامسكه الشريك يوما بحكم الملك و يوما بحكم الرهن فتختلف جهة القبض والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى و يصير كانه رهنه يوما و يوما لا وذا لا يجوز وعلى هذا أيضا يخرج رهن ما هو متصل بعين ليس بمرهون لان اتصاله بعين المرهون يمنع من ادامة القبض عليه وانه شرط جواز الرهن ومنها ان يكون فارغا عما ليس بمرهون ومنها ان يكون منفصلا مميزا عما ليس بمرهون وخرجت على كل واحد منهما مسائله التى ذكرنا فافهم (وأما) الذى يرجع الى المرهون به فأنواع منها ان يكون مضمونا والكلام فى هذا الشرط يقع فى موضعين احدهما فى أصل اشتراط الضمان والثانى فى صفة المضمون أما الاول فاصل الضمان هو كون المرهون به مضمونا شرط جواز الرهن لان المرهون عندنا مضمون بمعنى سقوط الواجب عند هلاكه أو بمعنى استيفاء الواجب ولسنا نعنى بالمضمون سوى ان يكون واجب التسليم على الراهن والمضمون نوعان دين وعين أما الدين فيجوز الرهن به باى سبب وجب من الاتلاف والغصب والبيع ونحوها لان الديون كلها واجبة على اختلاف أسباب وجوبها فكان الرهن بها رهنا بمضمون فيصح وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله كرأس مال السلم و بدل الصرف والمسلم فيه وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الرهن بهذه الديون وجه قوله ان سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى ان عين الدين تصير بدلا عن الدين لا بطريق الاستيفاء لان الاستيفاء لا يتحقق الا عند المجانسة والرهن مع الدين يكونان مختلفى الجنس عادة فلا يكون القول بالسقوط بطريق الاستيفاء فتعين ان يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن بما يحتمل الاستبدال وهذه الديون كما لا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها (ولنا) ان السقوط بطريق الاستيفاء لما نذكر فى حكم الرهن ان شاء الله تعالى واستيفاء هذه الديون ممكن وأما قوله الاستيفاء يستدعى المجانسة قلنا المجانسة ثابتة من وجه لان الاستيفاء يقع بمالية الرهن لا بصورته والاموال كلها فيما يرجع الى معنى المالية جنس واحد وقد يسقط اعتبار المجانسة من حيث الصورة و يكتفى بمطلق المالية للحاجة والضرورة كما فى اتلاف ما لا مثل له من جنسه وقد تحققت الضرورة فى باب الرهن لحاجة الناس الى توثيق ديونهم من جانب الاستيفاء فامكن القول بالاستيفاء واذا جاز الرهن بهذه الديون فان هلك الرهن فى المجلس تم الصرف والسلم لانه صار مستوفيا عين حقه فى المجلس لا مستبدلا وان لم يهلك حتى افترقا بطلا لفوات شرط البقاء على الصحة وهو القبض فى المجلس وأما العين فنقول لا خلاف فى انه لا يجوز الرهن بالعين التى هى أمانة فى يد الراهن كالوديعة والعارية ومال المضاربة والبضاعة والشركة والمستأجر ونحوها فانها ليست بمضمونة أصلا

وأما العين المضمونة فنوعان نوع هو مضمون بنفسه وهو الذى يجب مثله عند هلاكه ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب فى يد الغاصب والمهر فى يد الزوج و بدل الخلع فى يد المرأة و بدل الصلح عن دم العمد فى يد العاقلة ولا خلاف فى انه يجوز الرهن به وللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يسترد العين فان هلك المرهون فى يده قبل استرداد العين والعين قائمة يقال للراهن سلم العين الى المرتهن وخذ منه الاقل من قيمة الرهن ومن الدين لان المرهون عندنا مضمون بذلك فاذا وصل اليه العين يجب عليه رد قدر المضمون الى الراهن فان هلكت العين والرهن قائم صار الرهن بها رهنا بقيمتها حتى وهلك الرهن بعد ذلك يهلك مضمونا بالاقل من قيمته وقيمة العين لان قيمة العين بدلها و بدل الشئ قائم مقامه كانه هو وأما الذى هو مضمون بغيره لا بنفسه كالمبيع فى يد البائع ليس هو مضمونا بنفسه الا ترى انه لو هلك فى يده لا يضمن شيأ بل هو مضمون بغيره وهو الثمن حتى يسقط الثمن المشترى اذا هلك فهل يجوز الرهن به ذكر فى كتاب الصرف انه يجوز وله ان يحبسه حتى يقبض المبيع وان هلك فى يده قبل القبض يهلك بالاقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضاً للمبيع بهلاكه وله أن يقبض المبيع اذا أو فى ثمنه وعليه أيضا ضمان الاقل بهلاك الرهن ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قائم بطل البيع لان اهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان المبيع وعلى المشترى أن يرد الرهن على البائع ولو هلك فى يده قبل الرد هلك بضمانه وهو الاقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبائع ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع و بطلان البيع لانه وان هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقابلته فكان بطلانه بعوض فلا يبطل ضمانه وروى الحسن عن ابى حنيفة انه لا يصح الرهن و به اخذ الكرخى وجه رواية الحسن ان قبض الرهن قبض استيفاء المرهون ولا يتحقق معنى الاستيفاء فى المضمون بغيره لان المشترى لا يصير مستوفياً شيأ بهلاك الرهن انما يسقط عنه الثمن لا غير (وجه) ظاهر الرواية ان الاستيفاء ههنا يحصل من حيث المعنى لان المبيع قبل القبض ان لم يكن مضمونا بالقيمة فهو مضمون بالثمن ألا ترى انه لو هلك يسقط الثمن عن المشترى فكان سقوط الثمن عنه كالعوض عن هلاك المبيع فيحصل مستوفياً مالية المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان فى معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به ولو تزوج امرأة على دراهم بعينها أو اشترى شيأ بدراهم بعينها فاعطى بها رهناً لم يجز عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وعند زفر يجوز بناء على ان الدراهم والدنانير لا تتعين فى عقود المعاوضات وان عينت فكان الواجب على الراهن مثلها لا عينها فلم يكن المعين مضمونا فلم يجز الرهن به وعنده يتعين بالتعيين بمنزلة العوض فكان المعين مضمونا فجاز الرهن به ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لان المكفول به ليس بمضمون على الكفيل ألا ترى أنه لو هلك لا يجب على الراهن شئ ولا يسقط عن المرتهن بمقابلته ولا يجوز الرهن بالشفعة لان الشفعة ليست بمضمونة على المشترى بدليل أنه لو هلك لا يجب عليه شئ ولا يسقط عن المرتهن بشئ بمقابلته فكان رهنا بما ليس بمضمون فلم يجز ولا يجوز الرهن بالعبد الجانى والعبد المديون لانه لو هلك لا يجب على المولى شئ ولا يسقط عن المرتهن شئ بمقابلته فلم يكن مضموناً أصلا فلا يصح الرهن به ولا يجوز الرهن باجرة النائحة والمغنية بان استأجر مغنية أو نائحة وأعطاهما بالاجرة رهناً لان الاجارة لم تصح فلم تجب الاجرة فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يجز ولو دفع الى رجل رهناً ليقرضه فهلك الرهن قبل أن يقرضه يهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمى من القرض وان حصل الارتهان بما ليس بمضمون لكنه فى حكم المضمون لانه قبض الرهن ليقرضه فكان قبض الرهن على جهة الضمان والمقبوض على جهة شئ كالمقبوض على حقيقته فى الشرع كالمقبوض على سوم الشراء (وأما) صفة المضمون فنوعان (أحدهما) متفق عليه (والثانى) مختلف فيه أما المتفق عليه هو أن يكون مضمونا فى الحال فلا يصح الرهن بما يصير مضمونا فى الثانى كالرهن بالدرك بان باع شيأ وقبض الثمن وسلم المبيع الى المشترى فخاف المشترى الاستحقاق فاخذ بالثمن من البائع رهنا قبل الدرك لا يجوز حتى لا يملك الحبس سواء وجد الدرك أو لم يوجد ولو هلك يهلك أمانة سواء وجد الدرك أو لم يوجد وكذا ارتهن بما يثبت له على الراهن فى المستقبل لا يجوز بخلاف الكفالة فان الكفالة بما يصير مضمونا فى

الثانى جائزة كما اذا كفل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك لان الارتهان استيفاء من وجه للحال ولا شىء للحال يستوفى واستيفاء المعدوم محال بخلاف الكفالة ولان الرهن والارتهان لما كان من باب الايفاء والاستيفاء أشبه البيع فلا يحتمل الاضافة الى المستقبل كالبيع ولان القياس يأبى جوازهما جميعاً لان كل واحد منهما يستدعى مضموناً الا أن الجواز فى الكفالة لتعامل الناس ولا تعامل فى الرهن فيبقى الامر فيه على أصل القياس وبخلاف ما اذا دفع الى انسان رهناً ليقرضه ان الرهن يكون مضموناً وان كان ذلك رهناً بما ليس بمضمون فى الحال لان له حكم المضمون وان لم يكن مضموناً حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان والمقبوض على جهة شىء بمنزلة المقبوض على حقيقة كالمقبوض على سوم الشراء ولم يوجد هنا ولو قال لآخر ضمنت لك مالك على فلان اذا حل يجوز أخذ الكفيل والرهن به ولو قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لم يجز أخذ الرهن به ويجوز أخذ الكفيل والفرق ان فى المسئلة الاولى الكفالة والرهن كل واحد منهما أضيف الى مضمون فى الحال لان الدين المؤجل واجب قبل حلول الاجل على طريق التوسع وانما تأثير التأجيل فى تأخير المطالبة بخلاف الرهن بضمان الدرك لانه لا مضمون هنالك للحال ولا ماله حكم المضمون بخلاف ما اذا قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لان ذلك تعليق الضمان بقدوم فلان فكان عدماً قبل وجود الشرط فلم توجد الاضافة الى مضمون للحال فبطل الرهن وصحت الكفالة لانها لا تستدعى مضموناً فى الحال بل فى الجملة على ما مر وأما المختلف فيه فهو ان الشرط كونه مضموناً ظاهراً أو باطناً أو كونه مضموناً من حيث الظاهر يكفى لجواز الرهن ذكر محمد فى الجامع ما يدل على ان كونه مضموناً فى الظاهر كاف ولا يشترط كونه مضموناً حقيقة فانه قال اذا ادعى على رجل ألفاً وهى قرض عليه فجحدها المدعى عليه ثم انه صالح المدعى من ذلك على خمسمائة وأعطاه بها رهناً يساوى خمسمائة ثم تصادقا على ان ذلك المال كان باطلا وانه لم يكن للمدعى عليه شىء ثم هلك الرهن فى يده كان على المرتهن أن يرد على الراهن خمسمائة لان الدين كان ثابتاً على الراهن من حيث الظاهر ألا ترى أنهما لو اختصما الى القاضى قبل أن يتصادقا كان القاضى يجبر المدعى عليه على ايفاء الخمسمائة فكان هذا رهناً بما هو مضمون ظاهراً فيصح يدل عليه أن الرهن بجهة الضمان جائز على ما ذكرنا فلأن يجوز بالضمان الثابت من حيث الظاهر أولى وروى عن أبى يوسف انه لا يضمن شيأ لانهما لما تصادقا على أنه لم يكن عليه شىء تبين ان الرهن حصل بما ليس بمضمون أصلا فلم يصح وكذا ذكر فى الجامع اذا اشترى من رجل عبداً بالف درهم وقبض العبد وأعطاه بالالف رهناً يساوى ألفاً فهلك الرهن عند المرتهن ثم قامت البينة على ان العبد حر أو استحق العبد من يده يهلك مضموناً لان الالف كانت مضمونة على الراهن ظاهراً فقد حصل الارتهان بدين مضمون عليه من حيث الظاهر فجاز وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بعشرة دراهم أو اشترى دناً من خل وأعطاه بالثمن رهناً فهلك الرهن ثم علم ان الشاة ميتة والخل خمر فالرهن مضمون لما قلنا وكذا لو قتل عبداً انسان خطأ وأعطاه بقيمته رهناً ثم علم ان العبد حر كان المرهون مضموناً بالاقل من قيمته ومن قيمة العبد لما ذكرنا وعلى قياس ما روى عن أبى يوسف ينبغى أن لا يضمن فى هذه المسائل أيضا لانه تبين ان الارتهان حصل بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح ولو ادعى المستودع أو المضارب هلاك الوديعة أو المضاربة وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصالحا على مال واخذ رب المال بالمال رهناً من المستودع فهلك عنده ثم تصادقا على ان الوديعة هلكت عنده يضمن المرتهن عند محمد وعند أبى يوسف لا يضمن وهذا الاختلاف بناء على اختلافهما فى صحة الصلح فعند محمد لما صح الصلح كان رهناً بمضمون من حيث الظاهر فيصح وعند أبى يوسف لما لم يصح فقد حصل الرهن بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح (ومنها) أن يكون محتملا للاستيفاء من الرهن فان لم يحتمل لم يصح الرهن به لان الارتهان استيفاء وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص فى النفس وما دونها انه لا يجوز لانه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن ويجوز الرهن بارش الجناية لان استيفاءه من الرهن ممكن فصح الرهن به وعلى هذا أيضاً يخرج الرهن بالشفعة انه لا يصح لان حق الشفعة لا يحتمل الاستيفاء من الرهن فلم يصح الرهن به وعلى هذا

أيضا يخرج الرهن بالكفالة بالنفس فانه لا يجوز لان المكفول به مما لا يحتمل الاستيفاء من الرهن

﴿فصل﴾. وأما حكم الرهن فنقول و بالله التوفيق الرهن نوعان صحيح وفاسد (أما) الاول فله أحكام بعضها يتعلق بحال قيام المرهون و بعضها يتعلق بحال هلاكه (أما) الذى يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة الاول ملك حبس المرهون على سبيل الدوام الى وقت الفكاك أو ملك العين فى حق الحبس على سبيل الدوام الى وقت الفكاك وكون المرتهن أحق بحبس المرهون على سبيل اللزوم الى وقت الفكاك والعبارات متفقة المعانى فى متعارف الفقهاء (والثانى) اختصاص المرتهن ببيع المرهون أو اختصاصه بثمنه وهذان الحكمان أصليان للرهن عندنا (والثالث) وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك وقال الشافعى رحمه الله الحكم الاصلى للرهن واحد وهو كون المرتهن أحق ببيع المرهون وأخص بثمنه من بين سائر الغرماء (فاما) حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى ان المرهون ان كان شيأ يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من يد المرتهن فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه وان كان شيأ لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيل والموزون فليس للراهن أن يسترده من يده احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن هو لصاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه أخبر عليه الصلاة والسلام ان الرهن لا يغلق أى لا يحبس وعندكم يحبس فكان حجة عليكم وكذا أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن الى الراهن بلام التمليك وسماه صاحباً له على الاطلاق فيقتضى أن يكون هو المالك للرهن مطلقاً رقبة وانتفاعا وحبسا ولان الرهن شرع توثيقاً للدين وملك الحبس على سبيل الدوام يضاد معنى الوثيقة لانه يكون فى يده دائماً وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توهيناً للدين لا توثيقاً له ولان فيما قلتم تعطيل العين المنتفع بها فى نفسها من الانتفاع لان المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلا والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم فكان تعطيلا والتعطيل تسييب وأنه من أعمال الجاهلية وقد نفاه الله تبارك وتعالى بقوله ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة (ولنا) قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة أخبر الله تعالى بكون الرهن مقبوضاً واخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلل فاقتضى أن يكون المرهون مقبوضاً ما دام مرهونا ولان الرهن فى اللغة عبارة عن الحبس قال الله عز وجل كل امرئ بما كسب رهين أى حبيس فيقتضى أن يكون المرهون محبوساً ما دام مرهونا ولو لم يثبت ملك الحبس على الدوام لم يكن محبوساً على الدوام فلم يكن مرهونا ولان الله تعالى لما سمى العين التى ورد العقد عليها رهناً وأنه ينبئ عن الحبس لغة كان مادل عليه اللفظ لغة حكماً له شرعا لان للاسماء الشرعية دلالات على أحكامها كلفظ الطلاق والعتاق والحوالة والكفالة ونحوها ولان الرهن شرع وثيقة بالدين. فيلزم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق للدين كالكفالة وانما يحصل التوثيق اذا كان يملك حبسه على الدوام لانه يمنعه عن الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء الدين فى أسرع الاوقات وكذا يقع الامن عن تواء حقه بالجحود والانكار على ما عرف ولا حجة له فى الحديث لان معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أى لا يملك بالدين كذا قاله أهل اللغة غلق الرهن أى ملك بالدين وهذا كان حكماً جاهلياً فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله عليه الصلاة والسلام هو لصاحبه الذى رهنه تفسير لقوله لا يغلق الرهن وقوله عليه الصلاة والسلام له غنمه أى زوائده وعليه غرمه أى نفقته وكفنه وقوله ان ماشرع له الرهن لا يحصل بما قلتم لانه يتوى حقه بهلاك الرهن قلنا على أحد الطريقين لا يتوى بل يصير مستوفياً والاستيفاء ليس بهلاك الدين (وأما) على الطريق الآخر فالهلاك ليس بغالب بل قد يكون وقد لا يكون واذا هلك فالهلاك ليس يضاف الى حكم الرهن لان حكمه ملك الحبس لا نفس الحبس وقوله فيه تسييب ممنوع فان بعقد الرهن مع التسليم يصير الراهن موفياً دينه فى حق الحبس والمرتهن يصير مستوفياً فى حق الحبس والايفاء والاستيفاء من منافع الرهن واذا عرف حكم الرهن فى حال قيامه فيخرج عليه المسائل المتعلقة به (أما) على الحكم الاول وهو ملك الحبس فالمسائل المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم و بعضها يتعلق بكيفيته أما الذى يتعلق بنفس الحكم فنقول و بالله التوفيق

ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخداما وركوبا ولبسا وسكنى وغير ذلك لان حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع وليس له أن يبيعه من غير المرتهن بغير اذنه لما فيه من ابطال حقه من غير رضاه ولو باعه توقف نفاذ البيع على اجازة المرتهن ان أجاز جاز لان عدم النفاذ لمكان حقه فاذا رضى ببطلان حقه زال المانع فنفذ وكان الثمن رهناً سواء شرط المرتهن عند الاجازة كونه رهناً أولا في جواب ظاهر الرهن وروى عن أبي يوسف أنه لا يكون رهناً الا بالشرط لان الثمن ليس بمرهون حقيقة بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عنه بالبيع الا أنه اذا شرط عند الاجازة أن يكون مرهونا فلم يرض بزوال حقه عنه الا ببدل واذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلا (وجه) ظاهر الرواية ان الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه وبه تبين انه ما زال حقه بالبيع لانه زال الى خلف والزائل الى خلف قائم معنى فيقام الخلف مقام الاصل وسواء قبض الثمن من المشترى أو لم يقبضه لانه يقوم مقام ما كان مقبوضاً وان رده بطل لما قلنا وليس له أن يهبه من غيره أو يتصدق به على غيره بغير اذنه لما ذكرنا ولو فعل توقف على اجازة المرتهن ان رده بطل وله أن يعيده رهناً وان أجازه جازت الاجازة لما قلنا و بطل عقد الرهن لانه زال عن ملكه لا الى خلف بخلاف البيع وليس له أن يؤاجره من أجنبي بغير اذن المرتهن لان قيام ملك الحبس له يمنع الاجازة ولان الاجازة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه فكيف يملكه غيره ولو فعل وقف على اجازته فان رده بطل وان أجاز جازت الاجازة لما قلنا و بطل عقد الرهن لان الاجازة اذا جازت وانها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والاجرة للراهن لانها بدل منفعة مملوكة له وولاية قبض الاجرة له أيضا لانه هو العاقد ولا تكون الاجرة رهناً لان الاجرة بدل المنفعة والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهونا (فاما) الثمن في باب البيع فبدل المبيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدله مرهونا وكذلك لو آجره من المرتهن صحت الاجارة و بطل الرهن اذا جدد المرتهن القبض للاجارة (أما) صحة الاجارة و بطلان الرهن فلما ذكرنا (وأما) الحاجة الى تجديد القبض فلان قبض الرهن دون قبض الاجارة فلا ينوب عنه ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الاجارة أو بعد انقضائها يهلك أمانة ان لم يوجد منع من الراهن وان منعه الراهن ثم هلك بعد انقضاء مدة الاجارة ضمن كل قيمته لانه صار غاصباً بالمنع وليس له أن يعيره من أجنبي بغير اذن المرتهن لما ذكرنا فلو أعار وسلم فللمرتهن أن يبطل الاعارة و يعيده رهناً وان أجاز جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه وكذا اذا أعاره باذن المرتهن بخلاف ما اذا آجره فاجاز المرتهن أو آجره باذنه أنه يبطل الرهن لان الاجارة عقد لازم ألا ترى ان أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ من غير عذر فكان من ضرورة جوازها بطلان الرهن فاما الاعارة فليست بلازمة لان للمعير ولاية الاسترداد في أى وقت شاء فجوازها لا يوجب بطلان عقد الرهن الا أنه يبطل ضمان الرهن لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون حتى لو كان الرهن عبدا ليس له أن يستخدمه وان كان دابة ليس له أن يركبها وان كان ثوبا ليس له أن يلبسه وان كان داراً ليس له أن يسكنها وان كان مصحفاً ليس له أن يقرأ فيه لان عقد الرهن يفيد ملك الحبس لا ملك الانتفاع فان انتفع به فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته لانه صار غاصبا وليس له أن يبيع الرهن بغير اذن الراهن لان الثابت له ليس الا ملك الحبس فاما ملك العين فللراهن والبيع تمليك العين فلا يملكه المرتهن من غير اذن الراهن ولو باع من غير اذنه وقف على اجازته فان أجازه جاز وكان الثمن رهنا وكذا اذا باع باذنه جاز وكان ثمنه رهنا سواء قبضه من المشترى أو لم يقبضه ولو هلك كان الهلاك على المرتهن وهذا يشكل على الشرط الذى ذكرنا لجواز الرهن وهو أن لا يكون المرهون دينا والثمن دينا في ذمة المشترى فكيف يصلح رهنا (والجواب) أن الدين يصلح رهنا في حال البقاء وان كان لا يصلح ابتداء لانه في حالة البقاء بدل المرهون و بدل المرهون مرهون لانه قائم مقام المرهون كانه هو بخلاف حالة الابتداء وان رد بطل وعاد المبيع رهنا كما كان ولو هلك في يد المشترى قبل الاجازة لم يجز الاجازة لان قيام المعقود عليه شرط صحة الاجازة والراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن

المشترى

المشترى لان كل واحد منهما صار غاصبا للمرتهن بالتسليم والمشترى بالقبض فان ضمن المرتهن جاز البيع والثمن للمرتهن وكان الضمان رهنا لانه ملكه بالضمان فتبين أنه باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له لانه بدل ملكه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون فيكون مرهونا وقيل انما يجوز البيع بتضمين المرتهن اذا سلم الرهن الى المشترى أولا ثم باعه منه فأما اذا باعه ثم سلمه فانه لا يجوز لان سبب ثبوت الملك هو التسليم لانه سبب وجوب الضمان وملك المضمون بملك الضمان والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع كما اذا باع مال غيره بغير اذنه ثم اشتراه منه أنه لا يجوز بيعه كذا هذا وليس فى ظاهر الرواية هذا التفصيل ولو ضمن المشترى بطل البيع لان بتضمين المشترى لم يتبين أن المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون ويرجع المشترى على البائع بالثمن لان البيع لم يصح وليس له ان يرجع بالضمان عليه وليس له أن يهبه أو يتصدق به بغير اذن الراهن لان الهبة والتصدق تمليك العين والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكها كما لا يملك البيع فان فعل وقف على اجازة الراهن ان أجاز جاز وبطل الرهن وان رد عاد رهنا كما كان ولو هلك فى يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الاجازة فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لما ذكرنا وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه أما المرتهن فلاشك فيه لانه ملك المرهون بالضمان فتبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه (وأما) الموهوب له والمتصدق عليه فلان الرجوع بالضمان بحكم الضرر وأنه لا يتحقق فى الهبة والصدقة بخلاف البيع والاجارة وليس له أن يؤاجره من غير الراهن بغير اذنه لان الاجارة تمليك المنفعة والثابت له ملك الحبس لا ملك المنفعة فكيف يملكها من غيره فان فعل وقف على اجازة الراهن فان أجاز جاز وبطل الرهن لما ذكرنا فيما تقدم وكانت الاجرة للراهن ولا تكون رهنا لما مر وولاية قبضها للمرتهن لان القبض من حقوق العقد والعاقد هو المرتهن ولا يعود رهنا اذا انقضت مدة الاجارة لان العقد قد بطل فلا يعود الا بالاستئناف وان رد بطل وأعاده رهنا كما كان ولو أجره بغير اذن الراهن وسلمه الى المستأجر فهلك فى يده فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم الى المستأجر وان شاء ضمن المستأجر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض غير أنه ان ضمن المرتهن لا يرجع بالضمان على المستأجر لكنه يرجع عليه باجرة قدر المستوفى من المنافع الى وقت الهلاك لانه ملكه بالضمان فتبين أنه آجر ملك نفسه فصح وكانت الاجرة له لانها بدل منفعة مملوكة له الا انها لا تطيب له وان ضمن المستأجر فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن لانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة ولا أجرة عليه لان الاجرة والضمان لا يجتمعان ولو سلم واسترده المرتهن عاد رهنا كما كان لانه لما استرده فقد عاد الى الوفاق بعد ما خالف فاشبه المودع اذا خالف فى الوديعة ثم عاد الى الوفاق والاجر للمرتهن لكن لا يطيب له كالغاصب اذا آجر المغصوب وليس له أن يعير الرهن من غير الراهن بغير اذنه لما ذكرنا فى الاجارة فان أعاره وسلمه الى المستعير فللراهن أن يبطل الاعارة فان هلك فى يد المستعير فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن المستعير وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه ويكون الضمان رهنا (أما) عدم الرجوع على المرتهن فلانه ملكه بالضمان فتبين أنه أعار ملكه (وأما) المستعير فلان الرجوع بالغرر ولم يوجد بخلاف الاجارة (وأما) كون الضمان رهنا فلانه بدل المرهون فيكون مرهونا وان سلم واسترده من المستعير عاد رهنا كما كان لانه عاد الى الوفاق فالتحق الخلاف فيه بالعدم ولو اعاره باذن الراهن أو بغير اذنه وأجاز جاز ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن لما نذكر بخلاف الاجارة فانها تبطل الرهن وقد مر الفرق وليس له أن يرهنه بغير اذن الراهن لانه لم يرض بحبس غيره فان فعل فللراهن الاول أن يبطل الرهن الثانى ويعيده الى يد المرتهن الاول لان الرهن الثانى لم يصح فلو هلك فى يد المرتهن الثانى قبل الاعادة الى الاول فالراهن الاول بالخيار ان شاء ضمن المرتهن الاول وان شاء ضمن المرتهن الثانى فان ضمن المرتهن الاول جاز الرهن الثانى لانه ملكه المرتهن الاول بالضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه ولو هلك فى يد المرتهن

الثانى يهلك بالدين فكان ضمانه رهنا لانه بدل المرهون وان ضمن المرتهن الثانى بطل الرهن الثانى و يكون الضمان رهنا على المرتهن الاول لكونه بدل المرهون و يرجع المرتهن الثانى على المرتهن الاول بما ضمن و بدينه (أما) الرجوع بالضمان فلانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه (وأما) الرجوع بدينه فلان الرهن الثانى لم يصح فيبقى دينه عليه كما كان وان رهن عند الثانى باذن الراهن الاول جاز الرهن الثانى و بطل الرهن لاول (أما) جواز الرهن الثانى فلان المانع من الجواز قد زال باذن الراهن الاول فاذا أجاز الثانى بطل الاول ضرورة وصار كان المرتهن الاول استعار مال الراهن الاول ليرهنه بدينه فرهنه وليس له أن يودعه عند أجنبي ليس فى عياله لان الراهن لم يرض الا بيده أو بيد من يده فى معنى يده و يد الاجنبي الذى ليس فى عياله ليست فى معنى يده فان فعل وهلك فى يد المودع ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالايداع وله أن يدفعه الى من هو فى عياله كزوجته وخادمه وأجيره الذى يتصرف فى ماله لان يد هؤلاء كيده الا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيدهم فكان الهالك فى أيديهم كالهالك فى يده والاصل فى هذا أن للمرتهن ان يفعل فى الرهن ما يعد حفظا له وليس له أن يفعل ما يعد استعمالا له وانتفاعا به وعلى هذا يخرج ما اذا ارتهن خاتما فجعله فى خنصره فهلك ضمن كل قيمته لان التختم بالخنصر مما يتجمل به عادة فكان استعمالا له وهو مأذون فى الحفظ لا فى الاستعمال و يستوى فيه اليمنى واليسرى لان الناس يختلفون فى التجمل بهذا النوع منهم من يتجمل بالتختم فى اليمنى ومنهم من يتجمل به فى اليسرى فكان كل ذلك استعمالا ولو جعله فى بقية الاصابع فهلك يهلك هلاك الرهن لان التختم بها غير معتاد فكان حفظا لا استعمالا ولو لبس خاتما فوق خاتم فهلك يرجع فيه الى العرف والعادة فان كان اللابس ممن يتجمل بخاتمين يضمن لانه مستعمل له وان كان ممن لا يتجمل به يهلك بما فيه لانه حافظ اياه ولو رهنه سيفين فتقلدهما يضمن ولو كانت السيوف ثلاثة فتقلدها لم يضمن لان التقلد بسيفين معتاد فى الجملة فكان من باب الاستعمال (فأما) بالثلاثة فليس بمعتاد فكان حفظا لا استعمالا وان كان الرهن طيلسانا أو قباء فلبسه لبسا معتادا يضمن وان جعله على عاتقه فهلك يهلك رهنا لان الاول استعمال والثانى حفظ وله أن يبيع ما يخاف الفساد عليه باذن القاضى لان بيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله أن يبيعه لكن باذن القاضى له لان له ولاية فى مال غيره فى الجملة فان باع بغير اذنه ضمن لانه لا ولاية له عليه واذا باع بامر الحاكم كان ثمنه رهنا فى يده لانه بدل المرهون فيكون رهنا وله أن يطالب الراهن بايفاء الدين مع قيام عقد الرهن اذا لم يكن الدين مؤجلا لان الرهن شرع لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بايفاء الدين ولو طالب المرتهن الراهن بحقه فقال الراهن بعه واستوف حقك فقال المرتهن لا أريد البيع ولكن أريد حقى فله ذلك لان الرهن وثيقة و بالبيع يخرج عن كونه رهنا فيبطل معنى الوثيقة فله أن يتوثق باستيفائه الى استيفاء الدين ولو قال الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى وقت كذا والا فهو لك بدينك أو بيع بحقك لم يجز وهو رهن على حاله لان هذا تعليق التمليك بالشرط وأنه لا يتعلق بالشرط وليس للقاضى أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند أبى حنيفة عليه الرحمة وعندهما له أن يبيعه عليه وهى مسئلة الحجر على الحر وقد ذكرناها فى كتاب الحجر وكذلك ليس للعدل أن يبيع الرهن كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك والكلام فى العدل فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان ما للعدل أن يفعله فى الرهن وما ليس له أن يفعله فيه والثانى فى بيان من يصلح عدلا فى الرهن ومن لا يصلح والثالث فى بيان ما ينعزل به العدل يخرج عن الوكالة وما لا ينعزل (أما) الاول فنقول و بالله التوفيق للعدل أن يمسك الرهن بيده و بيد من يحفظ ماله بيده وليس له أن يدفعه الى المرتهن بغير اذن الراهن ولا الى الراهن بغير اذن المرتهن قبل سقوط الدين لان كل واحد منهما لم يرض بيد صاحبه حيث وضعاه فى يد العدن ولو دفعه الى أحدهما من غير رضا صاحبه فلصاحبه أن يسترده و يعيده الى يد العدل كما كان ولو هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته لانه صار غاصبا بالدفع وليس له أن ينتفع

بالرهن ولا أن يتصرف فيه بالاجارة والاعارة والرهن وغير ذلك لان الثابت له بالوضع فى يده هو حق الامساك لا الانتفاع والتصرف وليس له أن يبيعه لما قلنا الا اذا كان مسلطا على بيعه فى عقد الرهن أو متأخرا عنه فله أن يبيعه لانه صار وكيلا بالبيع الا أن التسليط اذا كان فى العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن واذا كان متأخرا عن العقد يملك لما ذكرنا وله ان يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها مرهونة تبعا للاصل وكذا له أن يبيع ماهو قائم مقام الرهن نحو ان كان الرهن عبدا فقتله عبد أوفقأ عينه لانه اذا قام مقامه جعل كان الاول قائم ثم اذا سلطه على البيع مطلقا فله أن يبيعه باى جنس كان من الدراهم والدنانير وغيرهما وباى قدر كان بمثل قيمته أو باقل منه قدر مايتغابن الناس فيه وبالنقد والنسيئة عند أبى حنيفة وله أن يبيع قبل حلول الاجل لان الامر بالبيع مطلق واذا باع كان الثمن رهنا عنده الى أن يحل الاجل لان ثمن المرهون مرهون فاذا حل الاجل أو فى دين المرتهن ان كان من جنسه وان سلط على البيع عند المحل لم يكن له أن يبيعه قبله لما قلنا ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه على البيع عند المحل فله أن يبيعه بجنس المسلم فيه وغيره عند أبى حنيفة وعندهما يبيعه بالدراهم والدنانير وبجنس المسلم فيه وهى مسئلة الوكيل بالبيع المطلق أنه يبيع باى ثمن كان عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد ليس له أن يبيع بما لا يتغابن الناس فيه ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير الا أنهما جوزا فى مسئلة السلم بجنس المسلم فيه لان الامر بالبيع لقضاء الدين من ثمنه والجنس أقرب الى القضاء منه ولو نهاه الراهن عن البيع بالنسيئة فان نهاه عند عقد الرهن ليس له أن يبيع بالنسيئة لان التوكيل حصل مقيدا فيلزمه مراعاة القيد متأخرا اذا كان التقييد مفيدا وهذا النوع من التقييد مفيد ولو نهاه متأخرا عن العقد لم يصح نهيه لان التقييد المتراخى ابطال من حيث الظاهر كالتخصيص المتراخى عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه فسخا لا بيانا واذا كان ابطالا لا يملكه الراهن كما لا يملك ابطال الوكالة الثابتة عند العقد بالعزل ثم اذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهنا لانه صار ملكا للمشترى وصار ثمنه هو الرهن لانه قام مقامه سواء كان مقبوضا أو غير مقبوض حتى لو توى عند المشترى كان على المرتهن ويهلك بالاقل من قدر الثمن ومن الدين ولا ينظر الى قيمة المبيع بل ينظر الى الثمن بعد البيع لان الرهن انتقل الى الثمن وخرج المبيع عن كونه رهنا فتعتبر قيمة الرهن ثم ان باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وان باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين وقضى الدين منه لانه مسلط على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه وقضاء الدين من جنسه يكون ولو باع العدل الرهن ثم استحق فى يد المشترى فللمشترى أن يرجع بالثمن على العدل لان العاقد هو وحقوق العقد فى باب البيع ترجع الى العاقد والعدل بالخيار ان شاء يسترد من المرتهن ما أوفاه من الثمن وعاد دينه على الراهن كما كان وان شاء رجع بما ضمن على الراهن وسلم للمرتهن ماقبض (أما) ولاية استرداد الثمن من المرتهن فلان البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين أن قبض الثمن من المرتهن لم يصح فله أن يسترده منه واذا استرده عاد الدين على حاله (وأما) الرجوع بما ضمن على الراهن فله أن يرجع بالعهدة عليه واذا رجع عليه سلم للمرتهن ماقبضه لانه صح قبضه هذا اذا سلم الثمن الى المرتهن فان كان هلك فى يده قبل التسليم ليس له أن يرجع الا على الراهن لانه وكيل الراهن بالبيع عامل له فكان عهدة عمله عليه فى الاصل لا على غيره الا أن له أن يرجع على المرتهن اذا قبض الثمن لما ذكرنا فاذا لم يقبض وجب العمل بالاصل فيرجع على الراهن بما ضمن وبطل الرهن بالاستحقاق ويرجع المرتهن بدينه على الراهن ولو لم يستحق الرهن ولكن المشترى وجد به عيبا كان له أن يرده على العدل لان الرد بالعيب من حقوق البيع وانها ترجع الى العاقد والعاقد هو العدل فيرد عليه ويسترد منه الثمن الذى أعطاه والعدل بالخيار ان كان رده عليه بقضاء القاضى ان شاء رجع على المرتهن ان كان سلم الثمن اليه وان شاء رجع على الراهن أما على المرتهن فلانه اذا رد عليه بعيب بقضاء القاضى فقد انفسخ البيع فكان له أن يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن على الراهن وعاد الرهن المردود رهنا بالدين (وأما) الرجوع على الراهن فلانه وكله بالبيع فيرجع عليه بالعهدة وان كان العدل لم يعط المرتهن الثمن فان رد العدل ماقبض من الثمن فلا يرجع على

أحدوان كان هلك فى يده وضمن فى ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتهن لما ذكرنا فى الاستحقاق ويكون المردود رهنا كما كان هذا اذا كان بيع العدل بتسليط مشروط فى عقد الرهن فاما اذا كان بتسليط وجد من الراهن بعد الرهن فان العدل يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتهن سواء قبض المرتهن الثمن أولم يقبضه لانه وكيل الراهن وعهدة الوكيل فيما وكل به على موكله فى الاصل لانه عامل له فكان عهدة عمله عليه الا أن التسليط اذا كان مشروطاً فى العقد يثبت له حق الرجوع على المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة على ماذكر ان شاء الله تعالى فاذا وقع البيع لحقه جاز أن يرجع بالضمان عليه واذا لم يكن مشروطاً فيه لم يثبت التعليق فبقى حق الرجوع بالعهدة على الموكل على حكم الاصل وللعدل أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن لانها مرهونة تبعاً للاصل لثبوت حكم الرهن فيها وهو حق الحبس تبعاً فله أن يبيعها كماله أن يبيع الاصل وكذا العبد المدفوع بالجناية على الرهن بأن قتل الرهن أوفقأ عينه فدفع به للعدل أن يبيعه لان الثانى قائم مقام الاول لحماً ودماً فصار كان الاول قائم وللعدل أن يمتنع من البيع واذا امتنع لا يجبر عليه ان كان التسليط على البيع بعد الرهن وان كان فى الرهن لم يكن له أن يمتنع عنه ولو امتنع يجبر عليه لان التسليط اذا لم يكن مشروطاً فى الرهن لم يتعلق به حق المرتهن فكان توكيلا محضا بالبيع فأشبه التوكيل بالبيع فى سائر المواضع واذا كان مشروطا فيه كان حق المرتهن متعلقا به فله أن يجبره على البيع لاستيفاء حقه (وأما) بيان من يصلح عدلا فى الرهن ومن لا يصلح فالمولى لا يصلح عدلا فى رهن عبده المأذون حتى لو رهن العبد المأذون على أن يضع على يد مولاه لم يجز الرهن سواء كان على العبد دين أولم يكن والعبد يصلح عدلا فى رهن مولاه حتى لو رهن انسان شيأ على أن يضع فى يد عبده المأذون يصح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فيصير العدل وكيلا فى استيفاء الدين والمولى لا يصلح وكيل الاجنبى فى استيفاء الدين من عبده لان الوكيل من يعمل لغيره واستيفاء الدين من عبده عمل لنفسه من وجه لما فيه من فراغ رقبة عبده عن شغل الدين والعبد يصلح وكيل الاجنبى فى استيفاء الدين من مولاه لذلك افترقا وعن أبى يوسف ان المولى يصلح عدلا فى رهن مكاتبه والمكاتب يصلح عدلا فى رهن مولاه لان المكاتب حر يداً فكان كل واحد منهما أجنبيا عما فى يد الآخر والمكفول عنه لا يصلح عدلا فى رهن الكفيل وكذا الكفيل لا يصلح عدلا فى رهن المكفول عنه لان كل واحد منهما لا يصلح وكيلا فى استيفاء الدين من صاحبه لانه يعمل لنفسه أما المكفول عنه فبتفريغ ذمته عن الدين (وأما) الكفيل فبتخليص نفسه عن الكفالة بالدين وأحد شريكى المفاوضة لا يصلح عدلا فى رهن صاحبه بدين التجارة لان يد كل واحد منهما يد صاحبه فكان ما فى يد كل واحد منهما كانه فى يد صاحبه فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن وانه شرط صحة الرهن وكذا أحد شريكى العنان فى التجارة لا يصلح عدلا فى رهن صاحبه بدين التجارة لما قلنا فان كان من غير التجارة فهو جائز فى الشريكين جميعا لان كل واحد منهما أجنبى عن صاحبه فى غير دين التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه فوجد خروج الرهن من يد الراهن ورب المال لا يصلح عدلا فى رهن المضارب ولا المضارب فى رهن رب المال حتى لو رهن المضارب شيأ من مال المضاربة بدين فى المضاربة على أن يضعه على يد رب المال أو رهن رب المال على أن يضعه على يد المضارب لا يجوز الرهن لان يد المضارب يد لرب المال وعمل رب المال كعمل المضارب فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن فلم يجز الرهن والاب لا يصلح عدلا فى رهنه بثمن ما اشترى للصغير بأن اشترى الاب للصغير شيأ ورهن بثمن ما اشترى له على أن يضعه على يد نفسه فالشراء جائز والرهن باطل لانه لما شرط على أن يضعه فى يد نفسه فقد شرط على أن لا يخرج الرهن من يد الراهن وانه شرط فاسد فيفسد الرهن وهل يصلح الراهن عدلا فى الرهن فان كان الرهن لم يقبض من يده بعد لا يصلح حتى لو شرط فى عقد الرهن على أن يكون الرهن فى يده فسد العقد لان قبض المرتهن شرط صحة العقد ولا يتحقق القبض الا بخروج الرهن من يد الراهن فكان شرط كونه فى يده شرطا فاسدا فيفسد الرهن وان كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه لان العقد قد صح بالقبض والبيع تصرف من الراهن

فى ملكه فكان الاصل فيه هو النفاذ والتوقف كان لحق المرتهن فاذا رضى به فقد زال المانع فينفذ (وأما) بيان ما ينعزل به العدل و يخرج عن الوكالة ومالا ينعزل فنقول التسليط على البيع اما أن يكون فى عقد الرهن واما أن يكون متأخرا عنه فان كان فى العقد فعزل الراهن العدل لا ينعزل من غير رضا المرتهن لان الوكالة اذا كانت فى العقد كانت تابعة للعقد فكانت لازمة بالعقد فلا ينفرد الراهن بفسخها كما لا ينفرد بفسخ العقد وكذا لا ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن لما ذكرنا ان الوكالة الثابتة فى العقد من توابع العقد والعقد لا يبطل بالموت فكذا ما هو من توابعه وان كان التسليط متأخرا عن العقد فللراهن أن يعزله و ينعزل بموت الراهن أيضا لان التسليط المتأخر عن العقد توكيل مبتدأ فينعزل الوكيل بعزل الموكل وموته وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة وقد ذكرنا جملة ذلك فى كتاب الوكالة وهذا الذى ذكرنا جواب ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أن التسليط الطارئ على العقد والمقارن اياه سواء لانه يلتحق بالعقد فيصير كالموجود عند العقد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة وجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديرا لا يجوز الا بدليل ولم يوجد وتبطل الوكالة بموت العدل سواء كانت بعد العقد أو فى العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا تورث ولان الراهن رضى به ولم يرض بغيره فاذا مات بطلت الوكالة لكن لا يبطل العقد و يوضع الرهن فى يد عدل آخر عن تراض منهما لانه جاز الوضع فى يد الاول فى الابتداء بتراضيهما فكذا فى يد الثانى فى الانتهاء فان اختلفا فى ذلك نصب القاضى عدلا ووضع الرهن على يده قطعا للمنازعة وليس للعدل الثانى أن يبيع الا أن بموت الراهن لان الراهن سلط الاول لا الثانى وعلى هذا تخرج نفقة الراهن انها على الراهن لا على المرتهن والاصل ان ما كان من حقوق الملك فهو على الراهن لان الملك له وما كان من حقوق اليد فهو على المرتهن لان اليد له اذا عرف هذا فنقول الرهن اذا كان رقيقا فطعامه وشرابه وكسوته على الراهن وكفنه عليه وأجرة ظئر ولد الرهن عليه وان كانت دابة فالعلف وأجرة الراعى عليه وان كان بستانا فسقيه وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه عليه سواء كان فى قيمة الرهن فضل أو لم يكن لان هذه الاشياء من حقوق الملك ومؤنات الملك على المالك والملك للراهن فكانت المؤنة عليه والخراج على الراهن لانه مؤنة الملك (وأما) العشر فى الخارج يأخذه الامام ولا يبطل الرهن فى الباقى بخلاف ما اذا استحق بعض الرهن شائعا انه يبطل الرهن فى الباقى (ووجه) الفرق ان الفساد فى الاستحقاق لمكان الشيوع ولم يوجد ههنا لان بالاستحقاق تبين ان الرهن فى القدر المستحق لم يصح والباقى شائع والشياع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لان وجوبه فى الخارج لا يخرجه عن ملكه بدليل أنه يجوز بيعه و يجوز له الاداء من غيره فكان الدفع الى الامام بمنزلة اخراج الشئ عن ملكه فلا يتحقق فيه معنى الشيوع فهو الفرق ولو كان فى الرهن نماء فأراد الراهن أن يجعل النفقة التى ذكرنا انها عليه فى نماء الرهن ليس له ذلك لان زوائد المرهون مرهونة عندنا تبعا للاصل فلا يملك الانفاق منها كما لا يملك الانفاق من الاصل والحفظ على المرتهن حتى لو شرط الراهن للمرتهن أجرا على حفظه لحفظ لا يستحق شيأ من الاجر لان حفظ الرهن عليه فلا يستحق الاجر باتيان ما هو واجب عليه بخلاف المودع اذا شرط للمودع اجرا على حفظ الوديعة ان له الاجر لان حفظ الوديعة ليس بواجب عليه فجاز شرط الاجر وأجرة الحافظ عليه لانها مؤنة الحفظ والحفظ عليه وكذا أجرة المسكن والمأوى لما قلنا وروى عن أبى يوسف ان كراء المأوى على الراهن وجعله بمنزلة النفقة وجعل الآبق على المرتهن بقدر الدين والفضل على ذلك على المالك حتى لو كانت قيمة الرهن والدين سواء أو قيمة الرهن أقل فالجعل كله على المرتهن وان كانت قيمته أكثر فبقدر الدين على المرتهن و بقدر الزيادة على الراهن لان وجوب الجعل على المرتهن لكون المرهون مضمونا وانه مضمون بقدر الدين والفضل أمانة فانقسم الجعل عليهما على قدر الامانة والضمان بخلاف أجرة المسكن انها على المرتهن خاصة وان كان فى قيمة الرهن فضل لان الاجرة انما وجبت على المرتهن لكونها مؤنة الحفظ وكل المرهون محفوظ بحفظه فكان كل المؤنة عليه فأما الجعل فانما لزمه لكون المردود مضمونا

والمضمون بعضه لا كله فيتقدر بقدر الضمان والفداء من الجناية والدين الذي يلحقه الرهن بمنزلة جعل الآبق ينقسم على المضمون والامانة وكذلك مداواة الجروح والقروح والامراض تنقسم عليهما على قدر الضمان والامانة كذا ذكر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن المداواة على المرتهن من باب احياء حقه وهو الدين وكل ماوجب على الراهن فأداه المرتهن بغير اذنه أو وجب على المرتهن فأداه المرتهن بغير اذنه فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير أمره فان فعل بأمر القاضي يرجع على صاحبه لان القاضي له ولاية حفظ أموال الناس وصيانتها عن الهلاك والاذن بالانفاق على وجه يرجع على صاحبه بما أنفق طريق صيانة المالين وكذا اذا فعل أحدهما بأمر صاحبه يرجع عليه لانه صار وكيلا عنه بالاتفاق وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أن الراهن ان كان غائباً فأنفق المرتهن بأمر القاضي يرجع عليه وان كان حاضراً لم يرجع عليه وقال ابو يوسف ومحمد يرجع في الحالين جميعا بناء على أن القاضي لا يلي على الحاضر عنده وعندهما يلي عليه وهي مسألة الحجر على الحر وستأتي في كتاب الحجر وعلى هذا يخرج زوائد الرهن انها مرهونة عندنا وجملة الكلام في زوائد الرهن انها على ضربين زيادة غير متولدة من الاصل ولا في حكم المتولد منه كالكسب والهبة والصدقة وزيادة متولدة من الاصل كالولد والثمر واللبن والصوف أو في حكم المتولد من الاصل كالارش والعقر ولا خلاف في أن الزيادة الاولى انها ليست بمرهونة بنفسها ولا هي بدل المرهون ولا جزء منه ولا بدل جزء منه فلا يثبت فيها حكم الرهن واختلف في الزيادة الثانية قال أصحابنا رحمهم الله انها مرهونة وقال الشافعي رحمه الله ليست بمرهونة بناء على أن الحكم الاصلي للرهن عنده هو كون المرتهن أخص ببيع المرهون وأحق بثمنه من بين سائر الغرماء فقبل البيع لا حق له في الرهن حتى يسرى الى الولد فأشبه ولد الجارية اذا جنت ثم ولدت ان حكم الجناية لا يثبت في ولدها لما أن حكم جناية الام هو وجوب الدفع الى المجني عليه وانه ليس بمعنى ثابت في الام فلم يسر الى الولد كذا هذا والدليل على أن الزيادة ليست مرهونة انها ليست بمضمونة ولو كانت مرهونة لكانت مضمونة كالاصل وعندنا حق الحبس حكم أصلي للرهن أيضاً وهذا الحق ثابت في الام فيثبت في الولد تبعاً للام الا أنها ليست بمضمونة لثبوت حكم الرهن فيها تبعا للاصل فكانت مرهونة تبعا لا أصلا كولد المبيع انه مبيع على أصل أصحابنا رضي الله عنهم لكن تبعا لا أصلا فلا يكون له حصة من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض فكذا المرهون تبعا لا يكون له حصة من الضمان الا اذا صار مقصوداً بالفكاك واذا كانت الزيادة مرهونة عندنا كانت محبوسة مع الاصل بكل الدين وليس للراهن أن يفتك أحدهما الا بقضاء الدين كله لان كل واحد منهما مرهون والمرهون محبوس كله بكل جزء من أجزاء الدين لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وينقسم الدين على الاصل والزيادة على تقدير بقائهما الى وقت الفكاك على قدر قيمتهما لكن تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الفكاك ونبين ذلك في موضعه وعلى هذا يخرج الزيادة على الرهن انها لما كانت جائزة على أصل أصحابنا كان للمرتهن أن يحبسهما جميعا بالدين ولا سبيل للراهن على أحدهما ما لم يقبض جميع الدين لان كل واحد منهما مرهون ويقسم الدين بينهما على قدر قيمتهما الا أنه تعتبر قيمة الرهن الاصلي وقت العقد وقيمة الزيادة وقت الزيادة وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين بخلاف زيادة الرهن والفرق بين الزيادتين يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يتعلق بكيفية هذا الحكم فنوعان الاول ان الثابت للمرتهن حق حبس الرهن بالدين الذي رهن به وليس له أن يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن أو بعده لانه مرهون بهذا الدين لا بدين آخر فلا يملك حبسه بدين آخر لان ذلك دين لا رهن به والثاني ان المرهون محبوس بجميع الدين الذي رهن به سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتهن أن يحبس كل الدين حتى يستوفي ما بقي قل الباقي أو كثر لان الرهن في حق ملك الحبس مما لا يتجزأ فما بقي شئ من الدين بقي محبوسا به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوسا بجميع الثمن فما بقي شئ من الثمن بقي محبوسا به كذا هذا ولان صفقة الرهن واحدة فاسترداد شئ من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة من غير

رضا

رضا المرتهن وهذا لا يجوز وسواء كان المرهون شيأ واحداً أو أشياء ليس للراهن أن يسترد شيأ من ذلك بقضاء بعض الدين لما قلنا وسواء سمى لكل واحد منهما شيأ من المال الذى رهن به أو لم يسم فى رواية الاصل وذكر فى الزيادات فيمن رهن مائة شاة بألف درهم على أن كل شاة منها بعشرة دراهم فأدى عشرة دراهم كان له أن يقبض شاة ذكر الحاكم الشهيد ان ماذكر فى الاصل قول أبى يوسف وماذكر فى الزيادات قول محمد وذكر الجصاص ان فى المسألة روايتين عن محمد (وجه) رواية الزيادات أنه لما سمى لكل واحد منهما دينا متفرقا أوجب ذلك تفريق الصفقة فصار كانه رهن كل واحدة منهما بعقد على حدة (وجه) رواية الاصل أن الصفقة واحدة حقيقة لانها أضيفت الى الكل اضافة واحدة الا انه تفرقت التسمية وتفريق التسمية لا يوجب تفريق الصفقة كما فى البيع اذا اشتملت الصفقة على أشياء كان للبائع حق حبس كلها الى أن يستوفى جميع الثمن وان سمى لكل واحد منهما ثمنا على حدة كذا هذا (وأما) الحكم الثانى وهو اختصاص المرتهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فنقول وبالله التوفيق اذا بيع الرهن فى حال حياة الراهن وعليه ديون أخر فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لان بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببدله وهو الثمن ثم ان كان الدين حالا والثمن من جنسه فقد استوفاه ان كان فى الثمن وفاء بالدين وان كان فيه فضل رده على الراهن وان كان أنقص من الدين يرجع المرتهن بفضل الدين على الراهن وان كان الدين مؤجلا حبس الثمن الى وقت حلول الاجل لانه بدل المرهون فيكون مرهونا فاذا حل الاجل فان كان الثمن من جنس الدين صار مستوفيا دينه وان كان من خلاف جنسه يحبسه الى أن يستوفى دينه كله وكذلك اذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا فان فضل منه شئ يضم الفضل الى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص لان قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن وان نقص عن الدين يرجع المرتهن بما بقى من دينه فى مال الراهن وكان بينه وبين الغرماء بالحصص لان قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوى فيه الغرماء وكذلك لو كان على الراهن دين آخر كان المرتهن فيه اسوة الغرماء وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن لان ذلك الدين لا رهن به فيتضارب فيه الغرماء كلهم (وأما) الحكم الثالث وهو وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك فيتعلق به معرفة وقت وجوب التسليم فنقول وقت وجوب التسليم ما بعد قضاء الدين يقضى الدين أولا ثم يسلم الرهن لان الرهن وثيقة وفى تقديم تسليمه ابطال الوثيقة ولانه لو سلم الرهن أولا فمن الجائز ان يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيبطل حقه فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن الا ان المرتهن اذا طلب الدين يؤمر باحضار الرهن أولا ويقال له أحضر الرهن اذا كان قادراً على الاحضار من غير ضرر زائد ثم يخاطب الراهن بقضاء الدين لانه لو خوطب بقضائه من غير احضار الرهن ومن الجائز ان الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفيا دينه من الرهن فيؤدى الى الاستيفاء مرتين وكذلك المشترى يؤمر بتسليم الثمن أولا اذا كان دينا ثم يؤمر البائع بتسليم المبيع لما ذكرنا فى كتاب البيوع الا ان البائع اذا طالبه بتسليم الثمن يقال له احضر المبيع لجواز ان المبيع قد هلك وسواء كان عين الرهن قائما فى يد المرتهن أو كان فى يده بدله بعد ان كان البدل من خلاف جنس الدين نحو ما اذا كان المرتهن مسلطا على بيع الرهن فباعه بخلاف جنس الدين أو قتل الرهن خطأ وقضى بالدية من خلاف جنس الدين فطالبه المرتهن بدينه كان للراهن ان لا يدفع حتى يحضره المرتهن لان البدل قائم مقام المبدل فكان المبدل قائم ولو كان قائما كان له ان يمنع ما لم يحضره المرتهن فكذلك اذا قام البدل مقامه ولو كان الرهن على يدى عدل وجعلا للعدل ان يضعه عند من أحب وقد وضعه عند رجل فطلب المرتهن دينه يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يكلف المرتهن باحضار الرهن لان قضاء الدين واجب على الراهن على سبيل التضييق الا انه رخص له التأخير الى غاية احضار الدين عند القدرة على الاحضار وهنا لا قدرة للمرتهن على احضاره لان للعدل ان يمنعه عنه ولو أخذ من يده جبراً كان غاصبا

والى هذا المعنى أشار محمد فى الكتاب فقال كيف يؤمر باحضار شئ لو أخذه كان غاصبا واذا سقط التكليف بالاحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضاء الدين وكذلك اذا وضعا الرهن على يد عدل فغاب العدل بالرهن ولا يدرى أين هو لا يكلف المرتهن باحضار الرهن و يجبر الراهن على قضاء الدين لما ذكرنا ولو كان الرهن فى يد المرتهن فالتقيا فى بلد آخر فطالب المرتهن الراهن بقضاء دينه فان كان الدين مما له حمل ومؤنة يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يجبر المرتهن على احضار الرهن لما ذكرنا ان قضاء الدين واجب عليه على سبيل التضييق والتأخير الى وقت الاحضار للضرورة التى ذكرناها عند القدرة على الاحضار من غير ضرر زائد والمرتهن هنا لا يقدر على الاحضار الا بالمسافرة بالرهن أو بنقله من مكان العقد وفيه ضرر بالمرتهن فسقط التكليف بالاحضار ولو ادعى الراهن هلاك الرهن فقال المرتهن لم يهلك فالقول قول المرتهن مع يمينه لان الرهن كان قائما والاصل فى الثابت بقاؤه فالمرتهن يستصحب حالة القيام والراهن يدعى زوال تلك الحالة والقول قول من يدعى الاصل لان الظاهر شاهد له ولان الراهن بدعوى الهلاك يدعى على المرتهن استيفاء الدين وهو منكر فكان القول قوله مع يمينه و يحلف على البتات لانه يحلف على فعل نفسه وهو القبض السابق لان المرتهن لا يصير مستوفيا بالهلاك لانه لا صنع له فيه بل بالقبض السابق وذلك فعله بخلاف ما اذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن فاختلف الراهن والمرتهن فى هلاك الرهن ان هناك يحلف المرتهن على العلم لا على البتات لان ذلك تحليف على فعل غيره وهو قبض العدل فتعذر التحليف على البتات فيحلف على العلم كما لو ادعى الراهن انه أوفى الدين وكيل المرتهن والمرتهن ينكر انه يحلف على العلم لما ذكرنا كذا هذا وان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فالقياس انه يجبر على قضاء الدين وفى الاستحسان لا يجبر ما لم يحضر المرتهن الرهن لانه ليس فى احضاره ضرر زائد وعلى هذا الاصل مسائل فى الزيادات ولو اشترى شيأ ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى لقيه البائع فى غير مصره الذى وقع البيع فيه فطالبه بالثمن وأبى المشترى حتى يحضر المبيع لا يجبر المشترى على تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع سواء كان له حمل ومؤنة أو لم يكن فرق بين البيع والرهن و وجه الفرق ان البيع معاوضة مطلقة والمساواة فى المعاوضات المطلقة مطلوبة عادة وشريعة ولا تتحقق المساواة من غير احضار المبيع بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة مطلقة وان كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون والمرهون به وهو الدين فى هذا الحكم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يتعلق بحال هلاك المرهون فالمرهون اذا هلك لا يخلو اما ان يهلك بنفسه واما أن يهلك بالاستهلاك فان هلك بنفسه يهلك مضمونا بالدين عندنا والكلام فى هذا الحكم فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان أصل الضمان أنه ثابت أم لا والثانى فى بيان شرائط الضمان والثالث فى بيان قدر الضمان وكيفيته أما الاول فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضى الله عنهم ان المرهون يهلك مضمونا بالدين وقال الشافعى رحمه الله يهلك أمانة احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن هو لصاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه فقد جعل النبى عليه الصلاة والسلام غرم الرهن على الراهن وانما يكون غرمه عليه اذا هلك أمانة لان عليه قضاء دين المرتهن فاما اذا هلك مضمونا كان غرمه على المرتهن حيث سقط حقه لا على الراهن وهذا خلاف النص ولان عقد الرهن شرع وثيقة بالدين ولو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توهينا لا توثيقا لانه يقع تعريض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهينا للحق لا توثيقا له (ولنا) ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال الرهن بما فيه وفى رواية الرهان بما فيها وهذا نص فى الباب لا يحتمل التأويل وروى أن رجلا رهن بدين عند رجل فرسا يحق له عليه فنفق الفرس عنده فطالبه المرتهن بحقه فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ذهب حقك ولان المرتهن جعل مستوفيا للدين عند هلاك الرهن فلا يملك الاستيفاء ثانيا كما اذا استوفى بالفكاك وتقرير معنى الاستيفاء فى الرهن ذكرناه فى مسائل الخلاف وأما الحديث

فيحتمل

فيحتمل أن يكون معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أى لا يهلك اذ الغلق يستعمل فى الهلاك كذا قال بعض أهل اللغة وعلى هذا كان الحديث حجة عليه لانه يذهب بالدين فلا يكون هالكا معنى وقيل معناه أى لا يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين وهذا كان حكما جاهليا جاء الاسلام فابطله وقوله عليه الصلاة والسلام عليه غرمه أى نفقته وكفنه ونحن به نقول أنه وثيقة قلنا معنى التوثيق فى الرهن هو التوصل اليه فى أقرب الاوقات لانه كان للمرتهن ولاية مطالبة الراهن بقضاء الدين من مطلق ماله و بعد الرهن حدثت له ولاية المطالبة بالقضاء من ماله المعين وهو الرهن بواسطة البيع فازداد طريق الوصول الى حقه فحصل معنى التوثيق

﴿ فصل ﴾ (وأما) شرائط كونه مضمونا عند الهلاك فأنواع منها قيام الدين حتى لو سقط الدين من غير عوض ثم هلك الرهن فى يد المرتهن هلك أمانة وعلى هذا يخرج ما اذا ابرأ المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك الرهن فى يد المرتهن أنه يهلك بغير شئ ولا ضمان على المرتهن فيه اذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه استحسانا والقياس أن يضمن وهو قول زفر ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن فى يده يهلك بالدين وعليه بدل ما استوفى وزفر سوى بين الابراء والاستيفاء ونحن نفرق بينهما (وجه) القياس أن قبض الرهن قبض استيفاء و يتقرر ذلك الاستيفاء عند الهلاك فيصير كانه استوفى الدين ثم أبرأ عنه ثم هلك الرهن ولو كان كذلك يضمن كذا هذا ولان المرهون لما صار مضمونا بالقبض يبقى الضمان ما بقى القبض وقد بقى لانعدام ما ينقضه وجه الاستحسان أن كون المرهون مضمونا بالدين يستدعى قيام الدين لان الضمان هو ضمان الدين وقد سقط بالابراء فاستحال أن يبقى مضمونا به وقد خرج الجواب عن قوله ان الاستيفاء يتقرر عند الهلاك لانا نقول نعم اذا كان الدين قائما فاذا سقط بالابراء لا يتصور الاستيفاء وهذا بخلاف ما اذا استوفى الدين ثم هلك الرهن فى يد المرتهن لان قبض الرهن قائم والضمان متعلق به فيبقى ما بقى القبض ما لم يوجد المسقط والاستيفاء لا يسقط الضمان بل يقرره لان المستوفى يصير مضمونا على المرتهن بخلاف الابراء لانه مسقط لان الابراء اسقاط فلا يبقى الضمان فهو الفرق هذا اذا لم يوجد من المرتهن منع الرهن من الراهن بعد طلبه فان وجد ثم هلك الرهن فى يده ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون بكل القيمة وعلى هذا يخرج ما اذا أخذت المرأة بصداقها رهنا ثم طلقها الزوج قبل الدخول ثم هلك الرهن فى يدها أنه لا ضمان عليها فى نصف الصداق الذى سقط بالطلاق لانها لم تصر مستوفية لذلك النصف عند هلاك الرهن لسقوطه بالطلاق فلم يبق القبض مضمونا وكذلك لو أخذت بالصداق رهنا ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط الصداق ثم هلك الرهن فى يدها لا ضمان عليها لان الصداق لما سقط بالردة لم يبق القبض مضمونا فصار كما لو أبرأته عن الصداق ثم هلك الرهن فى يدها ولو لم يكن المهر مسمى حتى وجب مهر المثل فأخذت بمهر المثل رهنا ثم طلقها قبل الدخول بها حتى وجبت عليه المتعة لم يكن له أن يحبس الرهن بالمتعة ولو هلك فى يدها ولم يوجد منها منع يهلك بغير شئ والمتعة باقية على الزوج وهذا قول أبى يوسف وقال محمد لها حق الحبس بالمتعة ولقب المسئلة أن الرهن بمهر المثل هل يكون رهنا بالمتعة عند أبى يوسف لا يكون وعند محمد يكون ولم يذكر قول أبى حنيفة فى الاصل وذكر الكرخى رحمه الله قوله مع قول أبى يوسف وجه قول محمد أن الرهن بالشئ رهن ببدله فى الشرع لان بدل الشئ يقوم مقامه كانه هو ولهذا كان الرهن بالمغصوب رهنا بقيمته عند هلاكه والرهن بالمسلم فيه رهنا برأس المال عند الاقالة والمتعة بدل عن نصف المهر لانه يجب بالسبب الذى يجب به مهر المثل وهو النكاح عند عدمه وهذا حد البدل فى أصل الشيوع ولابى يوسف أن المتعة وجبت أصلا بنفسها لا بدلا عن مهر المثل والسبب انعقد لوجوبها ابتداء كما أن العقد لوجوب مهر المثل بالطلاق زال فى حق أحد الحكمين وبقى فى حق الحكم الآخر الا أنه لا يعمل فيه الا بعد الطلاق فكان الطلاق شرط عمل السبب وهذا لا يدل على كونها بدلا كما فى سائر الاسباب المعلقة بالشروط ولو أسلم فى طعام وأخذ به رهنا ثم تفاسخا العقد كان له أن يحبس الرهن برأس المال لان رأس المال بدل عن المسلم فيه فان هلك الرهن فى يده يهلك بالطعام لان

القبض حين وجوده وقع مضمونا بالطعام و بالاقالة لم يسقط الضمان أصلا لان بدله قائم وهو رأس المال فيبقى القبض مضمونا على ما كان بخلاف ما اذا أبرأه عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء لان الضمان هناك سقط أصلا ورأسا فخرج القبض من أن يكون مضمونا ولو اشترى عبدا وتقابضا ثم تفاسخا كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لان المشتري بعد التفاسخ ينزل منزلة البائع وللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذا المشتري وكذلك لو أن البائع سلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا من المشتري ثم تقايلا كان للبائع أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع كما في السلم ومنها أن يكون هلاك المرهون في قبض الرهن فان لم يكن لا يكون مضمونا بالدين وان بقي عقد الرهن لان المرهون إنما صار مضمونا بالقبض فاذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضمونا وعلى هذا يخرج ما إذا غصب الرهن غاصب فهلك في يده أنه لا يسقط شيء من الدين لان قبض الغصب أبطل قبض الرهن وإن لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن ينقض قبض الغاصب فيرده الى الرهن وعلى هذا يخرج ما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن لينتفع به فهلك أنه إن هلك قبل أن يأخذ في الانتفاع أو بعد ما فرغ عنه يهلك بالدين وان هلك في حال الانتفاع يهلك أمانة لان المرهون قبل ان يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن لانعدام ماينقضه وهو قبض الانتفاع وإذا أخذ في الانتفاع فقد نقضه لوجود قبض الاعارة وقبض الاعارة ينافي قبض الرهن لانه قبض أمانة وقبض الرهن قبض ضمان فاذا جاء أحدهما انتفى الآخر ثم اذا فرغ من الانتفاع فقد انتهى قبض الاعارة فعاد قبض الرهن وكذلك اذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون فهو على التفصيل ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه خرج عن ضمان الرهن حتى لو هلك في يده يهلك أمانة والدين على حاله لان قبضه قبض العارية وأنه قبض أمانة فينافي قبض الضمان وكذلك لو أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبي باذن المرتهن أو اعاره المرتهن باذن الراهن من أجنبي وسلمه الى المستعير فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن والخروج عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كزوائد الرهن ولو كان المرهون جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده ولدا فالولد رهن لان الاصل مرهون لقيام عقد الرهن حتى لو هلكت الجارية قبل أن يقبض المرتهن الولد فالدين قائم والولد رهن بجميع المال لان الضمان وان فات فالعقد قائم وفوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر واذا بقي العقد في الام صار الولد مرهونا تبعا للام فكان له أن يحبسه بجميع المال وكذا لو ولدت هذه الابنة ولدا فانهما رهن بجميع المال وان ماتا لم يسقط شيء من الدين لان الولد ليس بمضمون ألا ترى أن الام لو كانت قائمة فهلك الولد لا يسقط شيء من الدين فكذا اذا كانت هالكة ولا يفتك الراهن واحدا منهما حتى يؤدي المال كله لانهما دخلا جميعا في العقد فلا يملك الراهن التفريق ولو مات الراهن والرهن قائم في يده قبل أن يرده الى المرتهن فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء لقيام عقد الرهن وان بطل الضمان كما في ولد الرهن أن المرتهن أحق به وان لم يكن فيه ضمان ولو أعار الراهن الرهن من المرتهن أو أذن له بالانتفاع به فجاء يفتك الرهن وهو ثوب وبه خرق فاختلفا فقال الراهن حدث هذا في يدك قبل اللبس أو بعد ما لبسته ورددته الى الرهن وقال المرتهن لا بل حدث هذا في حال اللبس فالقول قول المرتهن لانهما لما اتفقا على اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان فالراهن يدعي عوده الى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله هذا اذا اتفقا على اللبس واختلفا في وقته فأما اذا اختلفا في أصل اللبس فقال الراهن لم ألبسه ولكنه تخرق وقال المرتهن لبسته فتخرق فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله في الضمان فالمرتهن بدعواه اللبس يدعي الخروج من الضمان والراهن ينكر فكان القول قوله وان أقام الراهن البينة انه تخرق في ضمان المرتهن وأقام المرتهن البينة انه تخرق بعد خروجه من الضمان فالبينة بينة الراهن لان بينته مثبتة لانها تثبت الاستيفاء و بينة المرتهن تنفي الاستيفاء فالمثبتة أولى (ومنها) أن يكون المرهون مقصودا فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن أو ما هو في حكم المتولد كالولد والثمر واللبن والصوف والعقر ونحوها مضمونا الا الارش خاصة حتى

لو هلك شئ من ذلك لا يسقط شئ من الدين الا الارش فانه اذا هلك تسقط حصته من الدين وانما كان كذلك لان الولد ليس بمرهون مقصودا بل تبعا للاصل كولد المبيع على أصل أصحابنا انه مبيع تبعا لا مقصودا والمرهون تبعا لا حصة له من الضمان الا اذا صار مقصودا بالفكاك كما أن المبيع تبعا لا حصة له من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض بخلاف الارش لانه بدل المرهون لان كل جزء من أجزاء الرهن مرهون وبدل الشئ قائم مقامه كأنه هو فكان حكمه حكم الاصل والاصل مضمون فكذا بدله بخلاف الولد ونحوه وبخلاف الزيادة على الرهن انها مضمونة لانها مرهونة مقصود الا تبعا لان الزيادة اذا صحت التحقت بأصل العقد كان العقد ورد على الزيادة والمزيد عليه على مانذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى ولو هلك الاصل بقيت الزيادة يقسم الدين على الاصل والزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الاصل وقت القبض وان شئت قلت وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد لان الايجاب والقبول لا يصير عقدا شرعا الا عند القبض وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفكاك لان الاصل انما صار مضمونا بالقبض فتعتبر قيمة يوم القبض والزيادة انما يصير لها حصة من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمتها حينئذ الا أن هذه القسمة للحال ليست قسمة حقيقية بل من حيث الظاهر حتى تتغير بتغير قيمة الزيادة الى الزيادة والنقصان من حيث السعر والبدن والقسمة الحقيقية وقت الفكاك ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الاصل بالزيادة والنقصان فى السعر أو فى البدن لان الاصل دخل فى الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا يتغير الضمان والولد انما يأخذ قسطا من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمته يوم الفكاك وشرح هذه الجملة اذا رهن جارية قيمتها الف بألف فولدت ولدا يساوى الفا فان الدين يقسم على قيمة الام والولد نصفين فيكون فى كل واحد منهما خمسمائة حتى لو هلكت الام سقط نصف الدين وبقى الولد رهنا بالنصف الباقى يفتكه الراهن به ان بقى الى وقت الافتكاك وان هلك قبل ذلك هلك بغير شئ وجعل كأن لم يكن وعادت حصته من الدين الى الام وتبين ان الام هلكت بجميع الدين وان لم يهلك لكن تغيرت قيمته الى الزيادة فصار يساوى الفين بطلت قسمة الانصاف وصارت القسمة أثلاثا ثلثا الدين فى الولد والثلث فى الام وتبين ان الام هلكت بثلث الدين وبقى الولد رهنا بالثلثين فان ازدادت قيمته وصار يساوى ثلاثة آلاف بطلت قسمة الاثلاث وصارت القسمة أرباعا ثلاثة أرباع الدين فى الولد وربع فى الام وتبين ان الام هلكت بربع الدين وبقى الولد رهنا بثلاثة أرباعه ولو تغيرت قيمته الى النقصان فصار يساوى خمسمائة بطلت قسمة الارباع وصارت القسمة أثلاثا ثلثا الدين فى الام والثلث فى الولد وتبين ان الام هلكت بثلثى الدين وبقى الولد رهنا بالثلث هكذا على هذا الاعتبار وسواء كان الولد واحدا أو أكثر ولدوا معا أو متفرقا يقسم الدين على الام وعلى الاولاد على قدر قيمتهم لكن تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الاولاد يوم الفكاك لما ذكرنا وولد الولد فى القسمة حكمه حكم الولد حتى لو ولدت الجارية بنتا وولدت بنتها ولدا فهما بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم ولا يقسم على الجارية وعلى الولد الاصلى ثم يقسم باقيه عليه وعلى ولده لان ولد الرهن ليس بمضمون حتى يتبعه ولده فكأنهما فى الحكم ولدان ولو ولدت الجارية ولدا ثم نقصت قيمة الام فى السعر أو فى البدن فصارت تساوى خمسمائة أو زادت قيمتها فصارت تساوى ألفين والولد على حاله يساوى ألفا فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وان كانت الام على حالها وانتقصت قيمة الولد بعيب دخله أو لسعر فصار يساوى خمسمائة صار الدين فيهما أثلاثا الثلثان فى الام والثلث فى الولد ولو زادت قيمة الولد فصار يساوى الفين فثلثا الدين فى الولد والثلث فى الام حتى لو هلكت الام يبقى الولد رهنا بالثلثين لما ذكرنا ان الاصل انما دخل تحت الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا تتغير القسمة والولد انما يصير له حصة من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمته يوم الفكاك ولو اعورت الام بعد الولادة أو كانت اعورت قبلها ذهب من الدين بعورها ربعه وذلك مائتان وخمسون وبقى الولد رهنا بثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون وهذا الجواب فيما اذا ولدت ثم اعورت ظاهر لان الدين قبل الاعورار كان فيهما نصفين فى كل واحد منهما خمسمائة فاذا اعورت والعين من

الآدمي نصفه فذهب قدر ما فيهما من الدين وهو نصف نصف الدين وهو ربع الكل وبقي الولد رهنا ببقية الدين وهو ثلاثة الارباع (فأما) إذا اعورت ثم ولدت ففيه اشكال من حيث الظاهر وهو ان قبل الاعورار كان كل الدين فيها وبالاعورار ذهب النصف وبقي النصف فاذا ولدت ولدا فينبغي أن يقسم النصف الباقي من الدين على الجارية العوراء وعلى ولدها أثلاثا الثلثان على الولد والثلث على الام (والجواب) ان ذهاب نصف الدين بالاعورار لم يكن حتما بل على التوقف على تقدير عدم الولادة فاذا ولدت تبين انه لم يكن ذهب بالاعورار إلا ربع الدين لان الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد فصار كأنها ولدت ثم اعورت ولو هلك الولد وقد اعورت الام قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالاعورار لان الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل كأن لم يكن وعادت حصته الى الام وتبين ان الام كانت رهنا بجميع الدين فاذا اعورت ذهب بالاعورار نصفه وبقي النصف الآخر ولو لم يهلك ولكنه اعور لم يسقط باعوراره شئ من الدين لانه لو هلك لا يسقط فاذا اعور أولى لكن تلك القسمة التي كانت من حيث الظاهر تتغير لانها تحتمل التغيير بتغير قيمة الولد الى الزيادة والنقصان لما ذكرنا فيما تقدم وعلى هذا تخرج الزيادة في الرهن انها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة بأن رهن جارية ثم زاد عبدا ألا ان هذه زيادة مقصودة لورود فعل الرهن عليها مقصودا فكانت مرهونة أصلا لا تبعا فكانت مضمونة ويقسم الدين على المزيد عليه والزيادة وجملة الكلام في كيفية الانقسام ان الراهن لا يخلو (اما) ان زاد في الرهن وليس في الرهن نماء (واما) ان كان فيه نماء فان لم يكن فيه نماء يقسم الدين على المزيد عليه والزيادة على قدر قيمتها حتى لو كانت قيمة الجارية الفا وقيمة العبد الف والدين الف كان الدين فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة كان الدين فيهما أثلاثا الثلثان في العبد والثلث في الجارية وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون مقصودا لا تبعا الا أنه تعتبر قيمة المزيد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك لان الزيادة والنقصان كل واحد منهما انما دخل في الضمان بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض والقبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف زيادة الرهن وهي نماؤه ان القسمة تتغير بتغير قيمتها لانها مرهونة تبعا لا أصلا والمرهون تبعا لا يأخذ حصة من الضمان الا بالفكاك فتعتبر قيمتها يوم الفكاك فكانت القسمة قبله محتملة للتغير ولو نقص الرهن الاصلي في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاده الراهن بعد ذلك رهنا آخر يقسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت نحو ما اذا رهن جارية قيمتها الف بألف فاعورت حتى ذهب نصف الدين وبقي النصف ثم زاد الراهن عبدا قيمته الف يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية عوراء وعلى قيمة العبد الزيادة أثلاثا فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان في الجارية فرق بين الزيادة في الرهن وزيادة الرهن وهي نماؤه بأن اعورت الجارية ثم ولدت ولدا قيمته ألف أن الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة ثم ما أصاب الام وهو النصف ذهب بالاعورار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقي ثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون في الام والولد ثلثا ذلك خمسمائة في الولد وثلث ذلك مائتان وخمسون في الام وفي الزيادة على الرهن يبقى الاصل والزيادة بنصف الدين (ووجه) الفرق بين الزيادتين أن حكم الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة على الرهن ثبت بطريق الاصالة لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل العقد عليها مقصودا فيعتبر في القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة الا النصف فيقسم ذلك النصف عليهما على قدر قيمتهما بخلاف زيادة الرهن لانها ليست بمرهونة مقصودا لانعدام وجود الرهن فيها مقصودا بل تبعا للاصل لكونها متولدة منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعا للاصل كأنها متصلة به فتصير كأنها موجودة عند العقد فكان الثابت في الولد غير ما كان ثابتا في الام فيعتبر في القسمة قيمة الام يوم القبض وكذلك لو قضى الراهن للمرتهن من الدين خمسمائة ثم زاده في الرهن

عبد اقيمته ألف أن هذه الزيادة تلحق الخمسمائة الباقية فيقسم على نصفه قيمة الجارية وهي خمسمائة وعلى قيمة العبد الزيادة و بقي ألف أثلاثا ثلثاها في العبد وثلثها في الجارية حتى لوهلك العبد هلك بثلثي الخمسمائة وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ولوهلكت الجارية هلكت بالثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان لان الزيادة زيادة على المرهون والمرهون محبوس بالدين والمحبوس بالدين هو نصف الجارية لا كلها ولم يبق نصف الدين لصيرورته مقضيا فالزيادة تدخل في الباقي و ينقسم الباقي على قيمة نصف الجارية وعلى قيمة الزيادة أثلاثا ولو قضى خمسمائة ثم اعورت الجارية قبل أن يزيد الرهن ثم زاد عبدا قيمته ألف درهم قسم مائتان وخمسون على نصف نصف الجارية العوراء وعلى الزيادة على خمسة أسهم أربعة من ذلك في الزيادة وسهم في الجارية العوراء لانه لما قضى الراهن خمسمائة فرغ نصف الجارية شائعا من الدين و بقي النصف الباقي في نصفها شائعا وذلك خمسمائة فاذا اعورت فقد ذهب نصف ذلك النصف بما فيه من الدين وذلك مائتان وخمسون و بقي مائتان وخمسون من الدين فيما لم يذهب من نصف الجارية فاذا هذه الزيادة تلحق هذا القدر فيقسم هذا القدر في الاصل والزيادة أخماسا أربعة أخماسه وذلك مائتان في الزيادة وخمسه وذلك خمسون في الاصل هذا اذا زاد وليس في الرهن نماء فأما اذا زاد وفيه نماء بأن رهن جارية قيمتها ألف بألف فولدت ولدا يساوي ألفا ثم زاده عبدا قيمته ألف فالراهن لا يخلو اما ان زادوا لام قائمة واما ان زاد بعد ما هلكت الام فان كانت قائمة فزاد فلا يخلو اما ان جعله زيادة على الولد أو على الام أو عليهما جميعا أو أطلق الزيادة ولم يسم المزيد عليه انه الام أو الولد فان جعله زيادة على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل في حصة الام لان الاصل وقوع تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه وقد جعله زيادة على الولد فيكون زيادة معه فيقسم الدين أولا على الام والولد على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على قدر قيمتهما و تعتبر قيمة الولد يوم الفكاك لما بينا فيما تقدم وقيمة الزيادة وقت الزيادة وهي وقت قبضها لانها انما جعلت في الضمان بالقبض فتعتبر قيمتها يوم القبض ولوهلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لانه اذا هلك جعل كأن لم يكن أصلا ورأسا فلم تتحقق الزيادة عليه لان الزيادة لا بد لها من مزيد عليه فتبين ان الزيادة لم تقع رهنا وان جعله زيادة على الام فهو على ما جعل لما ذكرنا ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي باشره ولانه لو أطلق الزيادة لوقعت على الام فعند التقييد والتنصيص أولى واذا وقعت زيادة على الام جعل كأنها كانت موجودة وقت العقد فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها على اعتبار قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ولو مات الولد أو زادت قيمته أو ولدت ولدا فالحكم في حق العبد المزيادة لا تتغير و يقسم الدين أولا على الجارية والعبد نصفين ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها فتعتبر زيادة الولد في حق الام ولا تعتبر في حق العبد سواء زاد بعد حدوث الولد أو قبله لان الولد في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولوهلكت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها من الدين و بقي الولد والزيادة بما فيهما بخلاف ما اذا هلك الولد انه تبطل الزيادة لان بهلاك الام لا يتبين ان العقد لم يكن بل يتناهى و يتقرر حكمه فهلاكه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد لانه اذا هلك التحق بالعدم من الاصل وجعل كأن لم يكن فتبين أن الزيادة لم تصح رهنا ولوهلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء لان الولد غير مضمون بالهلاك فاذا هلك جعل كأن لم يكن وجعل كأن الزيادة حدثت ولا ولد للجارية كذلك وان جعله زيادة على الام والولد جميعا فالعبد زيادة على الام خاصة ولا عبرة للولد في حق الزيادة ولا يدخل في حصتها وانما يعتبر في حق الام و يدخل في حصة الام والولد في حق الزيادة حال وجود الام كالعدم فلا تصلح الزيادة عليه في حال قيام الام فيقسم الدين على الاصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتهما قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة ثم يقسم ما أصاب الام قسمة أخرى بينها و بين ولدها على اعتبار قيمتهما يوم العقد و يوم الفكاك كذلك وان أطلق الزيادة ولم يسم الام

ولا الولد فالزيادة رهن مع الام خاصة لان الزيادة لابد لها من مزيد عليه وكل واحد منهما على الانفراد يصلح مزيدا عليه الا أن الام أصل فى الرهن والولد تابع فعند الاطلاق جعلها زيادة على الاصل أولى واذا صارت الزيادة رهنا مع الام يقسم الدين قسمين على نحو ما بينا هذا اذا كانت الام قائمة وقت الزيادة (فأما) اذا هلكت الام ثم زادوا العبد زيادة على الولد فكانا جميعاً رهناً بخمسمائة يفتك الرهن كل واحد منهما بمائتين وخمسين لان الزيادة تستدعى مزيدا عليه والهالك خرج عن احتمان ذلك فتعين الولد مزيداً عليه وقد ذهب نصف الدين بهلاك الام و بقى النصف وذلك خمسمائة فينقسم ذلك على الزيادة والولد على قدر قيمتهما ولو هلك الولد أخذ الراهن العبد بغير شىء لانه لما هلك فقد التحق بالعدم وجعل كانه لم يكن وعادت حصته الى الام فتبين انها هلكت بجميع الدين فتبين ان الزيادة حصلت بعد سقوط الدين فلم تصح ولو هلك العبد الزيادة بعد هلاك الولد فى يد المرتهن هلك أمانة الا اذا منعه بعد الطلب لانه تبين أنه لم يكن رهنا فى الحقيقة لما بينا فصار كما اذا رهن بدين ثم تصادقا على أنه لا دين ثم هلك الرهن أنه يهلك أمانة لما قلنا كذا هذا الا اذا منع بعد الطلب لانه صار غاصباً بالمنع فيلزمه ضمان الغصب (وأما) بيان كيفية الضمان وقدره فالرهن لا يخلو اما أن يكون من جنس حق المرتهن أو من خلاف جنس حقه فان كان من خلاف جنس حقه فاما أن يكون شيأ واحدا واما أن يكون أشياء فان كان شيأ واحداً يهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وتفسيره اذا رهن عبداً قيمته الف بألف فهلك ذهب الدين كله وان كانت قيمة العبد ألفين فهلك ذهب كل الدين أيضاً وفضل الرهن يهلك أمانة وان كانت قيمته خمسمائة ذهب من الدين خمسمائة و يرجع المرتهن على الراهن بفضل الدين وهذا قول عامة العلماء وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم مثل سيدنا عمر وعبد الله بن مسعود وهو رواه عن سيدنا على رضى الله عنهم ومنهم من قال انه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت أى على المرتهن فضل قيمة الرهن وهكذا روى عن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما ومنهم من قال انه مضمون بالدين بالغاً ما بلغ أى يذهب كل الدين قلت قيمة الدين أو كثرت وهو مذهب شريح وعن سيدنا على رضى الله عنه رواية أخرى أنه قال يترادان الفضل يعنى ان كانت قيمة الرهن أكثر فللراهن أن يرجع على المرتهن بفضل القيمة وان كانت قيمته أقل فللمرتهن أن يرجع على الراهن بفضل الدين واختلافهم على هذا الوجه حجة على الشافعى رحمه الله فى قوله ان المرهون أمانة لان اختلافهم فى كيفية الضمان وقدره اتفاق منهم على كونه مضمونا فانكار الضمان أصلا يرجع الى مخالفة الاجماع فكان باطلا ثم الرجحان فى كيفية الضمان لقول سيدنا عمر وابن مسعود رضى الله عنهما لان المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفاء لان قبض الرهن قبض استيفاء و يتقرر الاستيفاء عند الهلاك فيتقرر الضمان فيه بقدر الاستيفاء فان كانت قيمة الرهن مثل الدين أمكن تحقيق الاستيفاء لان استيفاء الدين مثله صورة ومعنى أو معنى لا صورة واذا كانت قيمته أكثر لا يتحقق الاستيفاء الا فى قدر الدين ولا يتحقق فى الزيادة لان استيفاء الاقل من الاكثر يكون ربا واذا كانت قيمته أقل لا يمكنه تحقيق الاستيفاء الا بقدر الدين لان استيفاء الاكثر من الاقل لا يتصور هذا اذا كان المرهون شيأ واحداً فاما اذا كان أشياء بأن رهن عبدين أو ثوبين أو دابتين أو نحو ذلك فلا يخلو (اما) ان أطلق الرهن ولم يسم لكل واحد منهما شيأ من الدين (واما) ان قيد وسمى لكل واحد منهما قدرا معلوما من الدين فان أطلق يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما وكان كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمة نفسه ومن حصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون والمرهون مضمون بالدين فلابد من قسمة الدين على قيمتهما ليعرف قدر ما فى كل واحد منهما من الضمان كما ينقسم الثمن عليهما فى باب البيع باعتبار قيمتهما لمعرفة مقدار الثمن لان المرهون مضمون بالدين كما أن البيع مضمون بالثمن وان قيد كان كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمى له لانه لما سمى وجب اعتبار التسمية فينظر الى القدر المسمى لكل واحد منهما فايهما هلك يهلك بالاقل من قيمته ومن القدر المسمى كما فى باب البيع اذا سمى لكل واحد من المبيعين ثمنا أنه ينقسم الثمن عليهما بالقدر المسمى كذا هذا هذا اذا كان المرهون من خلاف جنس الدين وهلك فى يد المرتهن فاما اذا كان من

جنسـه بأن رهن وزونا بجنسـه أومكيلا بجنسه وهلك فى يد المرتهن فقد اختلف أصحابنا فيـه قال أبوحنيفة يهلك مضمونا بالدين باعتبار الوزن دون القيمة حتى لو كان وزن الرهن مثل وزن الدين وقيمته أقـل منه فهلك يذهب كل الدين عنده وعند أبى يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس على ماذكر فمن أصل أبى حنيفه أنه يعتبر الوزن دون القيمة فى الهالك ومن أصلهما أنهما يعتبران الوزن فيما لا يتضرر به المرتهن فاما فيما يتضرر به فيضمنان القيمة من خلاف الجنس (وأما) فى الانكسار فابوحنيفة يضمن القيمة وكذلك أبو يوسف عند الاستواء فى الوزن والقيمة ولا يريان الجعـل بالدين أصـلا ومحمد يجعل بالدين لـكن عنـد الامكان بأن لا يؤدى ذلك الى الضرر بالراهن ولا بالمرتهن ولا يؤدى الى الربا فان أدى الى شيء ممـا ذكرنا فانه لا يجعل بالدين أيضـا واذا كانت قيمة الرهن أكثر فابو يوسف يجعل النقصان الحاصـل بالانـكسار شائعاً فى قدر الامانة والمضمون فما كان فى الامانة يذهب بغير شيء وما كان فى المضمون يضمن المرتهن قيمته ويهلك من الرهن بقدره ومحمد رحمـه يصرف النقصان الى الزيادة واذا كثر النقصان حتى انتقص من الدين يخـير الراهن بين أن يفتكه وبين أن يجعـله بالدين ومن أصـل أبى حنيفة أنه يجوز استيفاء الزيوف من الجياد حتى لو أخذ صاحب الدين الزيوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلك عنده سقط دينه وكذا عند محمد الا ان محمداً ترك أصله فى الرهن وعند أبى يوسف لا يسقط بل يرد مثل ماقبض ويأخذ مثل حقه فمن أصله أنه لا يجوز استيفاء الزيوف عن الجياد فهذه أصول هـذه المسائل (وأما) تخريجها على هـذه الاصول فنقول وبالله التوفيق اذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب فضـة فهلك أوانكسر فى يد المرتهن فوزن القلب لا يخلو اما أن يكون مثل وزن الدين بأن كان عشرة واما أن يكون أقل من وزنه بأن كان ثمـانية واما أن يكون أكثر من وزنه بأن كان اثنى عشر وكل وجه من هذه الوجوه يدخله الهلاك والانكسار فان كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بالدين بلا خـلاف لان فى وزنه وقيمته وفاء بالدين ولا ضرر فيه بأحد ولا فيه ربا فيهلك بالدين على ماهو حكم الرهن عنـدنا وان انكسر وانتقص لا يجبر الراهن على الافتكاك بلا خلاف لانه لو افتكه اما أن يفتكه بجميع الدين واما أن يسقط شيء من الدين بمقابلة النقصان لا سبيل الى الاول لان فيه ضرراً بالراهن لفوات حقه عن الجودة والصناعـة من غير عوض ولا سبيل الى الثـانى لانه يؤدى الى الربا لان الدين والرهن يستويان فى الوزن والجودة لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها فكانت ملحقة بالعدم شرعا فيكون ايفاء عشرة بثمانية فتكون ربا فيتخير ان شاء افتكه بجميع الدين ورضى بالنقصان وان شاء ضمن المرتهن قيمته بالغة ما بلغت فكانت رهنا مكانه ويصير القلب ملكا للمرتهن بالضمان وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمـد ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين ويصير ملك المرتهن بدينه (وجه) قول محمد ان ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لان ذلك موجب قبض هو تعدى كقبض الغصب وقبض الرهن مأذون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسبه الجعل بالدين لانه قبض استيفاء وفى الجعل بالدين تقرير الاستيفاء (وجـه) قولهما ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من أعمال الجاهلية جاء الاسـلام وأبطله بقوله لا يغلق الرهن والجعل بالدين غلق الرهن فـكان باطلا وبه تبـين ان ملك الرهن بالدين لا يجوز ان يكون حكم هـذا التصرف وان حكمه ملك اليد والحبس لا ملك العين والرقبة (فاما) ضمان القيمة فيصلح حكما له فى الجملة ألا ترى ان محمداً يقول به عند تعذر الجعل بالدين على ماذكر وان كانت قيمته أقل من وزن الدين بأن كانت ثمـانية فهلك يهلك بجميع الدين عنـد أبى حنيفة رحمه الله لانه يعتبر الوزن دون القيمة عند الهلاك وفى وزنه وفاء الدين وعندهما لا يهلك بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه (وجه) قولهما أنه لو هلك بالدين (اما) ان يهلك بوزنه (واما) أن يهلك بقيمته لا سبيل الى الاول لان فيه ضرراً بالمرتهن ولا وجه الى الثانى لانه يؤدى الى الربا فيخير المرتهن بين أن يرضى بسقوط الدين وبين أن يضمن قيمة الرهن من خلاف جنسه فيكون رهنا مكانه ولابى حنيفة رحمه الله ان قبض الرهن قبل استيفاء والجيد والردىء فى الاستيفاء على السواء لان استيفاء الزيوف عن الجياد جائز عنده وان

انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه بالاجماع وليس له
خيار الجعل بالدين هنا بلا خلاف (أما) على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف فلانهما لا يريان الجعل بالدين أصلا
ومحمد رحمه الله ان كان يرى ذلك لكن عند الامكان وههنا لا يمكن لانه لو جعل الدين باعتبار الوزن يؤدي الى الضرر
بالمرتهن حيث يصير الرهن الذي قيمته ثمانية بعشرة ولو جعل باعتبار القيمة يؤدي الى الربا فمست الضرورة الى
ضمان القيمة والله تعالى أعلم وان كانت قيمته أكثر من وزنه بأن كانت اثني عشر فهلك يهلك بالدين عند أبي حنيفة
اعتباراً للوزن وكذلك عند محمد لأن الجودة هنا فضل فكان امانة بمنزلة الفضل في الوزن (أما) على قول أبي يوسف
فقيل يضمن المرتهن قيمة خمسة أسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه لان الجودة عنده مضمونة وقيل يهلك
بالدين عنده أيضاً لانه يعتبر الوزن في الهلاك لا الجودة وانما يعتبر الجودة في الانكسار وان انكسر فالراهن بالخيار
عند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين مع النقصان وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه فيكون رهناً مكانه لما ذكرنا
فيما تقدم سواء كان النقصان الحاصل بالانكسار قدر درهم بأن عادت قيمته الى أحد عشر أو قدر درهمين بأن عادت
قيمته عشرة أو أكثر من ذلك بأن صارت قيمته ثمانية وعند أبي يوسف ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتهن
قيمته خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه فتصير خمسة أسداس الرهن ملكا للمرتهن بالضمان وسدس الرهن مع
خمسة أسداس القيمة رهنا بالدين لان من أصله أن يجعل قدر النقصان الحاصل بالانكسار شائعاً في قدر الامانة
والمضمون والقدر الذي في الامانة يذهب بغير شيء والقدر الذي في المضمون يضمن قيمته فيصير ذلك القدر من
الرهن ملكا له وعند محمد ينظر الى النقصان ان كان قدر درهم أو درهمين لا ضمان على المرتهن ويجبر الراهن على الفكاك
وان زاد على ذلك يخير بين الفكاك وبين الجعل بالدين كما لو كانت قيمته ووزنه سواء لان من أصله أنه يصرف
النقصان الحاصل بالانكسار الى الجودة الزائدة الا اذا كثر النقصان حتى عادت قيمته الى ثمانية فله أن يجعله بالدين ان
شاء وان شاء افتكه وقيل ان على قوله له أن يضمنه كما قال أبو حنيفة رحمه الله لما في الجعل بالدين من اسقاط حقه عن
الجودة هذا اذا كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فاما اذا كان أقل من وزنه ثمانية فان كانت قيمته مثل وزنه
فهلك يهلك بمثل وزنه من الدين وهو ثمانية بالاجماع وان انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن
المرتهن قيمته من خلاف جنسه فكانت رهنا والقلب للمرتهن بالضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد ان شاء
افتكه بالدين وان شاء جعله بمثل وزنه من الدين لما قلنا وان كانت قيمته أقل من وزنه سبعة فهلك يهلك بثمانية في قول أبي
حنيفة اعتباراً للوزن وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه لما بينا وان انكسر ضمن القيمة بالاجماع (أما) على قول
أبي حنيفة وأبي يوسف فلانهما لا يجيزان الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلا ورأسا ومحمد ان كان يجيزه لكن بشريطة
انعدام الضرر وفي الجعل بالدين هنا ضرر بالمرتهن وان كانت قيمته أكثر من وزنه فكانت تسعة أو كانت مثل الدين
عشرة فهلك يهلك بقدر وزنه ثمانية عند أبي حنيفة وعندهما يضمن القيمة وان انكسر ان شاء افتكه بالدين وان شاء
ضمن القيمة بالاجماع لما ذكرنا وان كانت قيمته أكثر من الدين اثني عشر فهلك يهلك بثمانية عند أبي حنيفة وعند أبي
يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته وان انكسر فعند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمنه جميع القيمة
وكانت قيمته رهنا والقلب ملكا للمرتهن وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون سدس القلب مع
خمسة أسداس قيمته رهنا عنده بالدين وعند محمد يصرف النقصان الحاصل بالانكسار بالامانة ان قل النقصان
بأن كان درهما أو درهمين ويجبر الراهن على الافتكاك وان كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين الافتكاك وبين
الجعل بالدين هذا اذا كان وزن القلب أقل من وزن الدين ثمانية فاما اذا كان أكثر من وزنه اثنا عشر فان كانت قيمته
مثل وزنه اثني عشر فهلك سقط الدين والزيادة على الدين تهلك امانة بلا خلاف وان انكسر ضمن خمسة
أسداسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد له أن يجعل خمسة أسداسه بالدين وان كانت قيمته أقل من وزنه

وأكثرمن الدين بان كانت أحد عشر فهلك سقط الدين بخمسة أسداسه والزيادة تهلك أمانة عند أبي حنيفة ولا رواية عنهما في هذا الفصل وان انكسر ضمن خمسة أسداس القلب عند أبي حنيفة لانه لا يعتبر الجودة ولا يرى الجعل بالدين وعند أبي يوسف يجب أن يكون هكذا وكذلك عند محمد لتعذر التمليك بالدين لما فيه من الضرر وان كانت قيمته مثل مثل وزن الدين عشرة فهلك يهلك خمسة أسداس بالدين عند أبي حنيفة لانه يعتبر الوزن وعندهما يضمن خمسة أسداسه ويرجع بحقه وان انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما يغرم جميع القيمة ولا يمكن الجعل بالدين عند محمد لانه يؤدي الى الربا وان كانت قيمته أقل من الدين ثمانية فهلك ذهب خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة أسداسه وعندهما يغرم القيمة في الحالين وان كانت قيمته خمسة عشر فهلك يهلك خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة ثم في كل موضع ضمن المرتهن بعض القلب وهلك ذلك القدر بالضمان وصار شريكا فهذا شيوع طارئ فعلى جواب ظاهر الرواية يقطع القلب فيكون الباقي مع القدر الذي غرم رهنا لان الشيوع يمنع صحة الرهن مقارنا كان أو طارئا وعلى رواية أبي يوسف لا حاجة الى القطع لان الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء العقد على الصحة (وأما) الرهن الفاسد فلا حكم له حال قيام المرهون حتى لا يثبت للمرتهن حق الحبس وللراهن أن يسترده منه فان منعه حتى هلك يضمن مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل لانه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون على الغاصب بالمثل أو بالقيمة وان لم يوجد المنع من المرتهن حتى هلك الرهن في يده ذكر الكرخي رحمه الله انه يهلك أمانة لان الرهن اذا لم يصح كان القبض قبض أمانة لانه قبض باذن المالك فأشبه قبض الوديعة وحكى القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه ذكر في الجامع الكبير ان كل ماهو محل للرهن الصحيح فاذا رهنه رهناً فاسداً فهلك في يد المرتهن يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين وكل ماليس بمحل للرهن الصحيح لا يكون مضمونا بالرهن الفاسد كالمدبر وأم الولد وهذا يدل على ان الفساد كان لمعنى في نفس المرهون لا يكون مضمونا بل يكون أمانة وان كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضمونا (ووجهه) ان المرهون مضمون بالقبض ولا فساد في القبض الا ان من شرط كون المقبوض مضمونا أن يكون مالا مطلقاً متقوما كالمقبوض بالبيع الفاسد فان وجد الشرط يكون مضمونا والا فلا هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المرهون (وأما) حكم استهلاكه فنقول المرهون لا يخلو (اما) أن يكون من بني آدم كالعبد والامة (واما) ان كان من غير بني آدم من سائر الاموال فان كان من غير بني آدم فاستهلكه أجنبي ضمن قيمته ان كان مما لا مثل له ومثله ان كان مما له مثل كما اذا لم يكن مرهونا والمرتهن هو الخصم في تضمينه وكان الضمان رهنا لانه بدل المرهون ثم ان كان الضمان من جنس الدين والدين حال استوفاه بدينه وان كان الدين لم يحل حبسه رهنا مكانه وكذلك لو استهلكه المرتهن لانه لو أتلف مالا مملوكا متقوما بغير اذن مالكه فيضمن مثله أو قيمته كما لو أتلفه أجنبي وكان رهنا مكانه وان استهلكه الراهن فان كان الدين حالا يطالب بالدين لا فائدة في المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وان كان لم يحل أخذ المرتهن منه الضمان فأمسكه الى أن يحل الدين واذا كان في الرهن نماء كاللبن والولد فاستهلكه المرتهن أو الراهن أو أجنبي بان كان الرهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فحلبت او ولدت فعليه ضمانه (اما) وجوب الضمان على الاجنبي والمرتهن فظاهر لان الزيادة ملك الراهن واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه يوجب الضمان (واما) وجوبه على الراهن فلان المتلف وان كان مملوكا له لكن للمرتهن فيه حق قوي فيلتحق بالملك في حق وجوب الضمان واذا وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهنا عند المرتهن لانه بدل المرهون فيقوم مقامه فان هلك الضمان لا يسقط شئ من الدين لانه بدل ماليس بمضمون بالدين فكان حكمه حكم الاصل والاصل لو هلك يهلك بغير شئ كذا البدل وان هلكت الشاة سقطت حصتها من الدين لانها مرهونة مقصودة فكانت مضمونة بالهلاك ويفتك الراهن ضمان الزيادة بقدرها من الدين لان الزيادة تصير مقصودة بالفكاك فيصير لها حصة من الدين هذا اذا كان الاستهلاك بغير اذن فاما اذا كان باذن بان قال الراهن للمرتهن احلب الشاة فاحلبت

فهو حلال لك أو قال له كل هذا الحمل فحلب وشرب وأكل حل له ذلك ولا ضمان عليه لان الزيادة ملك الراهن فيصح اذنه بالاكل والشرب ولا يسقط شئ من دين المرتهن حتى لو جاء الراهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين لان اتلاف المرتهن باذن الراهن مضاف الى الراهن كأنه أتلفه بنفسه ولو كان كذلك لكان لا يسقط شئ من الدين وكان عليه ضمان المتلف كذا هذا وان لم يفتكها حتى هلك تهلك بحصتها من الدين فيقسم الدين عليها وعلى لبنها أو ولدها على قدر قيمتها فما كان حصة الشاة يسقط وما كان حصة الزيادة يبقى ويخاطب الراهن بقضائه لان فعل المرتهن لما كان مضافاً الى الراهن كان مضموناً عليه كأنه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصة من الدين فينظر الى قيمة الزيادة فان كان فيها خمسه كان فيها ثلث الدين وفي الشاة ثلثاه فاذا هلكت الشاة ذهب ثلثا الدين وبقي الثلث وعلى الراهن قضاؤه وكذلك لو استهلكه أجنبي باذن الراهن والمرتهن فالجواب فيه وفي المرتهن اذا استهلكه باذن الراهن سواء وقد ذكرناه ولو استهلكه الراهن باذن المرتهن لا شئ عليه لان الضمان لوجب لوجب لحق المرتهن لا لحق نفسه لانه ملكه وقد أبطل المرتهن حق نفسه بالاذن فلا يستحق الضمان وجعل كأن الزيادة هلكت بآفة سماوية وبقيت الشاة رهناً بجميع الدين وان كان المرهون من بني آدم فجنى عليه فجملة الكلام في جنايات الرهن انها ثلاثة أقسام جناية غير الرهن على الرهن وجناية الرهن على غير الرهن وجناية الرهن على الرهن اما جناية غير الرهن على الرهن فلا يخلو اما ان كانت الجناية في النفس واما ان كانت فيما دون النفس وكل ذلك لا يخلو اما ان كان عمداً أو خطأ أو في معنى الخطأ والجاني لا يخلو اما ان كان حراً أو عبداً فان كانت في النفس عمداً والجاني حر فللراهن أن يقتص اذا اجتمعا على الاقتصاص في قول أبي حنيفة وقال محمد ليس له الاقتصاص وان اجتمعا عليه وعن أبي يوسف روايتان كذا ذكر الكرخي رحمه الله الاختلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا قصاص على قاتله وان اجتمع عليه الراهن والمرتهن ولم يذكر الخلاف (وجه) قول محمد ان استيفاء القصاص لا بد له من ولي والولي هنا غير معلوم لان ملك العين والرقبة للراهن وملك اليد والحبس للمرتهن فكان العبد مضافاً الى الراهن من وجه والى المرتهن من وجه فصار الولي مشتبهاً مجهولاً وجهالة الولي تمنع استيفاء القصاص كعبد المكاتب اذا قتل عمداً انه لا يقتص من قاتله وان اجتمع عليه المولى والمكاتب لما قلنا كذا هذا بخلاف العبد المشترك بين اثنين اذا قتل عمداً ان لهما الاقتصاص اذا اجتمعا عليه لان هناك الولاية لهما ثابتة على الشركة لثبوت الملك لكل واحد منهما في النصف من كل وجه فكان الولي معلوما فامكن القول بوجوب القصاص لهما على الشركة لاستوائهما في الملك (وجه) قول أبي حنيفة ان الملك للراهن من كل وجه وانما للمرتهن حق الحبس فقط والملك سبب لثبوت الولاية فكان الولي معلوما وكان ينبغي أن لا تتوقف ولاية الاستيفاء على رضا المرتهن الا انه توقف لتعلق حقه به فاذا رضي فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب لان الملك فيه للمولى من وجه وللمكاتب من وجه فلم يكن الملك فيه ثابتاً للمولى مطلقاً ولا للمكاتب مطلقا فأشبه الولي فامتنع الاستيفاء واذا اقتص القاتل سقط الدين لان العبد انما كان رهنا من حيث انه مال وقد بطلت ماليته بالقتل لا الى بدل اذ القصاص لا يصلح بدلا عن المالية فسقط القصاص كما لو هلك بنفسه هذا اذا اجتمعا على القصاص (فاما) اذا اختلفا لا يقتص القاتل لانه لا سبيل الى اثبات الاقتصاص للمرتهن لعدم ملك الرقبة ولا للراهن لان في استيفائه ابطال حق المرتهن وهو الدين من غير رضاه وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين وكانت القيمة رهنا ولو اختلفا فأبطل القاضي القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا قصاص لان حق المرتهن وان بطل بالفكاك لكن بعد ما حكم القاضي ببطلان القصاص فلا يحتمل العود وان كانت الجناية خطأ أو شبه عمد فعلى عاقلة القاتل قيمته في ثلاث سنين يقبضها المرتهن فتكون رهنا لان العبد وان كان مضمونا من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال على أصل أصحابنا رحمهم الله حتى لا تزاد ديته على دية الحر ولكنه مرهون من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي فجاز أن تقوم قيمته مقامه وتكون رهنا عند المرتهن ثم ان كان الرهن مؤجلا كانت في يده الى حل الاجل واذا حل فان

كانت القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها وان بقى فيها فضل رده على الراهن وان كانت أقل من الدين استوفى منها من الدين بقدرها بالفضل أى يرجع بالبقية على الراهن وان كانت من خلاف جنس الدين حبسها فى يده الى وقت الفكاك وان كان الدين حالا فالحكم فيه وفيما اذا كان مؤجلا فحل سواء وقد بيناه وتعتبر قيمة العبد فى ضمان الاستهلاك يوم الاستهلاك وفى ضمان الرهن يوم القبض لان ضمان الاستهلاك يجب بالاستهلاك وضمان الرهن يجب بالقبض فيعتبر حال وجود السبب حتى لو كان الدين ألف درهم وقيمة العبد يوم الرهن ألفا فانتقصت قيمته فتراجعت الى خمسمائة فقتل غرم القاتل خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة واذا غرم خمسمائة بالاستهلاك كانت هذه الدراهم رهنا بمثلها من الدين و يسقط الباقى من الدين لانه يصير مستوفيا كل الدين بها ولا يجوز استيفاء أكثر من خمسمائة بخمسمائة لما فيه من الربا وهذا بخلاف ما اذا قتله عبد أقل قيمة منه فدفع به لان الدفع لا يؤدى الى الربا لانه لا يجوز استيفاء كل الدين من هذا العبد ألا ترى انه لو باعه جاز وان كان لا يساويه فلم يكن فيه ربا وكذلك لو قتله المرتهن يغرم قيمته والحكم فيه وفى الاجنبى سواء وقد ذكرناه ولو قتله الراهن فهذا وما اذا كان الرهن من غير بنى آدم سواء وقد ذكرناه فيما تقدم هذا اذا كان الجانى حرا (اما) اذا كان عبدا أو أمة يخاطب مولى القاتل بالدفع أو بالفداء بقيمة المقتول فان اختار الدفع فان كانت قيمة المقتول مثل قيمة المدفوع أو أكثر فالمدفوع رهن بجميع الدين و يجبر الراهن على الافتكاك بلا خلاف وان كانت قيمته أقل من قيمة المقتول بان كانت قيمة المقتول ألفا والدين ألف وقيمة المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين أيضا و يجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين كما كان يجبر على افتكاك العبد المقتول لو كان حيا بجميع الدين فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ان لم يكن بقيمة القاتل وفاء بقيمة المقتول فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء تركه للمرتهن بدينه فمحمد مر على أصله فى الجعل بالدين عند تعذر الجبر على الافتكاك وهنا تعذر لما فيه من الضرر بالراهن ولابى حنيفة وأبى يوسف انه لما دفع الثانى بالاول قام مقام الاول لحما ودما والاول كان رهنا بجميع الدين وكان يجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين فكذا الثانى وكذلك لو كان العبد المرتهن نقص فى السعر حتى صار يساوى مائة درهم فقتله عبد يساوى مائة درهم فدفع به فهو على الاختلاف هذا اذا كان اختار مولى القاتل الدفع فاما اذا اختار الفداء فانه يفديه بقيمة المقتول وكانت القيمة رهنا عند المرتهن ثم ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها وان كانت من خلاف الجنس حبسها رهنا حتى يستوفى جميع دينه و يجبر الراهن على الافتكاك عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يخير الراهن بين الافتكاك بجميع الدين و بين الترك للمرتهن بالدين. وقد مرت المسئلة هذا اذا كانت الجناية فى النفس فاما اذا كانت فيما دون النفس فان كان الجانى حرا يجب ارشه فى ماله لا على عاقلته سواء كانت الجناية خطأ أو عمدا (اما) الوجوب فى ماله فلان العاقلة لا تعقل فيما دون النفس (وأما) التسوية بين الخطا والعمد فلأن القصاص لا يجرى بين الحر والعبد فيما دون النفس فاستوى فيه العمد والخطأ فى وجوب الارش فكان الارش رهنا مع العبد لانه بدل جزء مرهون وان كان الجانى عبدا يخاطب مولاه بالدفع أو الفداء بارش الجناية فان اختار الفداء بالارش كان الارش مع المجنى عليه رهناً وان اختار الدفع يكون الجانى مع المجنى عليه رهنا والخصومة فى ذلك كله الى المرتهن لان حق الحبس له والجانى فوت الحبس عن بعض أجزاء الرهن فله أن يقيم بدل الفائت فيقيمه مقامه رهنا هذا الذى ذكرنا حكم جناية غير الرهن على الرهن (وأما) حكم جناية الرهن على غير الرهن فجنايته لا تخلو اما ان كانت على بنى آدم واما ان كانت على غير بنى آدم من سائر الاموال فان كانت على بنى آدم فلا تخلو اما ان كانت عمدا واما ان كانت خطأ أو فى معناه فان كانت عمدا يقتص منه كما اذا لم تكن رهنا لان ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص الا يرى انه لا يمنع اذا لم يكن رهناً واذا لم يكن الملك مانعا فحق المرتهن أولى لانه دون الملك سواء قتل أجنبيا أو الراهن أو المرتهن لان القصاص ضمان الدم ولا حق للمولى فى دمه بل هو أجنبى عنه وكذا للمرتهن من طريق الاولى اذا الثابت له الحق والحق دون الملك فصارت جنايته

على الراهن والمرتهن فى حق القصاص وجنايته على الاجنبى سواء واذا قتل قصاصا سقط الدين لان هلاكه حصل فى ضمان المرتهن فسقط دينه كما اذا هلك بنفسه هذا اذا كانت جنايته عمدا (فاما) اذا كانت خطأ أو ملحقة بالخطأ فان كانت شبه عمد أو كانت عمدا لكن القاتل ليس من أهل وجوب القصاص عليه بان كان صبيا أو مجنونا أو كانت جنايته فيما دون النفس فانه يدفع أو يفدى لان هذه الجنايات من العبيد والاماء توجب الدفع أو الفداء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا بان كانت قيمته مثل الدين أو دونه نحو ان تكون قيمة العبد ألفا والدين ألفا أو كان الدين ألفا وقيمة العبد خمسمائة يخاطب المرتهن أولا بالفداء لانه بالفداء يستبقى حق نفسه فى الرهن بتطهيره عن الجناية من غير أن يسقط حق المرتهن ولو بدئ بالراهن وخوطب بالدفع أو الفداء على ما هو حكم الشرع فربما يختار الدفع فيبطل حق المرتهن و يسقط دينه فكانت البداءة بخطاب المرتهن بالفداء أولى واذا فداه بالارش فقد استخلصه واستصفاه عن الجناية وصار كأنه لم يجن أصلا فيبقى رهنا كما كان ولا يرجع بشئ مما فدى على الراهن لانه فدى ملك الغير بغير اذنه فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كما لو فداه أجنبى ولانه بالفداء أصلح الرهن باختياره واستبقى حق نفسه فكان عاملا لنفسه بالفداء فلا يرجع على غيره وليس له أن يدفع لان الدفع تمليك الرقبة وهو لا يملك رقبته وان أبى الراهن أن يفدى يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء لان الاصل فى الخطاب هو الراهن لان الملك له وانما يبدأ بالمرتهن بخطاب الفداء صيانة لحقه فاذا أبى عاد الامر الى الاصل فان اختار الدفع بطل الرهن وسقط الدين (اما) بطلان الرهن فلان العبد زال عن ملكه بالدفع الى خلف نخرج عن كونه رهنا واما سقوط الدين فلان استحقاق الزوال حصل بمعنى فى ضمان المرتهن فصار كأنه هلك فى يده وكذلك ان اختار الفداء لانه صار قاضيا بما فدى المرتهن لان الفداء على المرتهن لحصول الجناية فى ضمانه الا انه لما أبى الفداء والراهن محتاج الى استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك الا بالفداء فكان مضطرا فى الفداء فلم يكن متبرعا فكان له أن يرجع على المرتهن بما فدى وله على الراهن مثله فيصير قصاصا به واذا صار قاضيا دين المرتهن مما فدى ينظر الى ما فدى والى قدر قيمة العبد والى الدين فان كان الفداء مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط الدين كله وان كان الفداء أقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط من الدين بقدر الفداء وحبس العبد رهنا بالباقى وان كان الفداء قدر الدين أو أكثر وقيمة العبد أقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة العبد ولا يسقط أكثر منها لانه لو هلك العبد لا يسقط من الدين أكثر من قيمته فكذا عند الفداء وان كان العبد بعضه مضمونا والبعض أمانة بان كانت قيمة العبد ألفين والدين ألفا فالفداء عليهما جميعا لان نصفه مضمون ونصفه أمانة فكان فداء نصف المضمون منه على المرتهن وفداء نصف الامانة على الراهن فيخاطبان جميعا بالدفع أو بالفداء والمعنى من خطاب الدفع فى جانب المرتهن الرضا بالدفع لا فعل الدفع لان فعل الدفع ليس اليه ثم اذا خوطب بذلك (اما) ان اجتمعا على الدفع (واما) ان اجتمعا على الفداء (واما) ان اختلفا فاختار أحدهما الدفع والآخر الفداء والحال لا يخلو اما ان يكونا حاضرين واما ان كان أحدهما غائبا فان كانا حاضرين واجتمعا على الدفع ودفعا فقد سقط دين المرتهن لان الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتمعا على الفداء فدى كل واحد منهما بنصف الارش واذا فديا طهرت رقبة العبد عن الجناية و يكون رهنا كما كان وكان كل واحد منهما متبرعا حتى لا يرجع على صاحبه بما فدى لان كل واحد منهما أدى ما عليه فكان مؤديا عن نفسه لا عن صاحبه وان اختلفا فأراد أحدهما الفداء والآخر الدفع فأيهما اختار الفداء فاختياره أولى (اما) المرتهن فلانه بالفداء يستبقى حق نفسه ولا يسقط حق الراهن والراهن بالدفع يسقط حق المرتهن فكان اختيار المرتهن أولى وأما الراهن فلانه يستبقى ملك الرقبة بالفداء والمرتهن باختيار الدفع يريد اسقاط دينه وابطال ملك الراهن فلم يكن له فى اختيار الدفع نفع بل كان سفها محضا وتعنتا باردا فلا يلتفت اليه فكان للراهن ان يفدى ثم أيهما اختار الفداء فدى العبد بجميع الارش ولا يملك الآخر دفعه ثم ينظر ان كان الذى اختار الدفع هو المرتهن ففدى بجميع الارش بقى العبد رهنا كما كان لانه طهرت رقبته عن الجناية بالفداء فصار كانه لم يجن و يرجع المرتهن على الراهن

بدينه وهل يرجع عليه بحصة الامانة ذكر الكرخى فيه روايتين فى رواية لا يرجع بل يكون متبرعا وفى رواية يرجع وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أنه لا يرجع الا بدينه خاصة ولم يذكر اختلاف الرواية (وجه) الرواية الاولى أنه التزم الفداء باختياره مع قدرته على أن لا يلتزم لانه لو لم يلتزم لخوطب الراهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع (وجه) الرواية الاخرى أن المرتهن يحتاج الى إصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطراً فلم يكن متبرعا وان كان الذى اختار الفداء هو الراهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا بنصف الفداء دين المرتهن ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل كل الدين سقط الدين كله وان كان أقل منه سقط من الدين بقدره ورجع بالفضل على الراهن و يحبسه رهنا به هذا اذا كانا حاضرين فاما اذا كان أحدهما حاضراً فليس له ولاية الدفع أيهما كان سواء كان المرتهن أو الراهن أما المرتهن فلا شك فيه لانه لا ملك له فى العبد أصلا والدفع تمليك فلا يتصور بدون الملك وأما الراهن فلان الدفع إسقاط حق المرتهن وله ولاية الفداء بجميع الارش فان كان الحاضر هو المرتهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا فى نصف الفداء عند أبى حنيفة وله أن يرجع على الراهن بدينه و بنصف الفداء لكنه يحبس العبد رهنا بالدين وليس له أن يحبسه رهنا بنصف الفداء بعد قضاء الدين وعند أبى يوسف ومحمد كان المرتهن متبرعا فى نصف الفداء فلا يرجع على الراهن الا بدينه خاصة كما لو فداه بحضرة الراهن فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعلاه متبرعا فى الحالين جميعا وأبو حنيفة رضى الله عنه فرق بين حال الحضرة والغيبة فجعله متبرعا فى الحضرة لا فى الغيبة وان كان الحاضر هو الراهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا فى نصف الفداء بالاجماع بل يكون قاضياً بنصف الفداء دين المرتهن كما لو فداه الراهن بحضرة المرتهن وجه قولهما أن المرتهن فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا كما لو فداه أجنبى ولهذا كان متبرعا فى حالة الحضرة كما فى الغيبة ولابى حنيفة رضى الله عنه أنه فى حال الحضرة التزم الفداء باختياره مع امكان خطاب الراهن فكان متبرعا والخطاب لا يمكن حالة الغيبة وهو محتاج الى إصلاح قدر المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطراً فلم يكن متبرعا هذا الذى ذكرنا حكم جناية الرهن (فاما) حكم جناية ولد الرهن بان قتل انسانا خطأ فحكمه أنه لا فداء على المرتهن و يخاطب المولى بالدفع أو الفداء أما عدم وجوب الفداء على المرتهن فلان خطابه بفداء الرهن مع أنه ليس ملكه لحصول الجناية من الرهن فى ضمانه ولم يوجد فى الولد لانه ليس بمضمون أنه لو هلك يهلك بغير شىء وأما خطاب المولى بالدفع أو الفداء فلان الملك له فان دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط شىء من الدين أما خروجه عن الرهن فلزوال ملك الراهن عنه فيخرج عن الرهن كما لو هلك وأما عدم سقوط شىء من الدين فلان الولد غير مضمون بالهلاك بخلاف الام وان فدى فهو رهن مع أنه على حاله فان اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن أنا أفدى فله ذلك لان الولد مرهون وان لم يكن مضمونا الا ترى أن الحكم الاصلى للرهن ثابت فيه وهو حق الحبس فكان الفداء منه اصلاحا للرهن فكان له ذلك هذا اذا جنى الرهن على أجنبى فاما اذا جنى على الراهن أو على المرتهن أما جنايته على نفس المرتهن جناية موجبة للمال أو على ماله فهدر لان العبد ملكه والمولى لا يجب له على عبده دين بخلاف جناية العبد المغصوب على المغصوب منه أو على ماله على أصل أبى حنيفة رحمه الله أنها معتبرة لان المضمونات تملك عند أداء الضمان من وقت الغصب فتبين أن تلك الجناية لم تكن جناية العبد على مولاه وأما جنايته على نفس المرتهن فهدر عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد معتبرة يدفع أو يفدى ان رضى به المرتهن و يبطل الدين وان قال المرتهن لا أطلب الجناية لما فى الدفع أو الفداء من سقوط حقى فله ذلك و بطلت الجناية والعبد رهن على حاله هكذا أطلق الكرخى وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى وفصل فقال ان كان العبد كله مضمونا بالدين فهو على الاختلاف وان كان بعضه مضمونا و بعضه أمانة فجنايته معتبرة بالاتفاق فيقال للراهن ان شئت فادفع وان شئت فافده فان دفعه وقبل المرتهن بطل الدين كله وصار العبد كله للراهن وان اختار الفداء فنصف الفداء على الراهن و نصفه على المرتهن فا

كان حصة المرتهن يبطل وما كان حصة الراهن يفدى والعبد رهن على حاله واختلافهم فى جناية الرهن على المرتهن نظير اختلافهم فى جنايته عند الغصب على الغاصب أنها هدر عند أبى حنيفة وعندهما معتبرة (وجه) قولهما أن هذه جناية وردت على غير المالك فكانت معتبرة كما اذا وردت على أجنبى وهذا لان الاصل فى الجنايات اعتبارها وسقوط الاعتبار لمكان عدم الفائدة وهنا فى اعتبار هذه الجناية فائدة لان موجبها الدفع وله فيه فائدة وهو الوصول الى ملك العبد وان كان فيه سقوط دينه ولابى حنيفة أن هذه الجناية وردت على غير المالك لكنها وجدت فى ضمان المرتهن فورودها على غير المالك ان كان يقتضى أن تكون معتبرة فوجودها فى ضمان المرتهن يقتضى أن لا تعتبر لانها توجب الفداء عليه وذلك غير ممكن لما فيه من ايجاب الضمان عليه له وأنه محال فوقع الشك والاحتمال فى اعتبارها فلا تعتبر هذا اذا جنى على نفس المرتهن فاما اذا جنى على ماله فان كانت قيمته والدين سواء وليس فى قيمته فضل فجنايته هدر بالاجماع لانه لا فائدة فى اعتبار هذه الجناية اذ ليس حكمها وجوب الدفع الى المرتهن ليملكه بل تعلق الدين برقبته فلو بيع وأخذ ثمنه لسقط دينه فلم يكن فى اعتبار هذه الجناية فائدة فلا تعتبر وان كانت قيمته أكثر من الدين فعن أبى حنيفة رحمه الله روايتان فى رواية تعتبر الجناية فى قدر الامانة وفى رواية لا يثبت حكم الجناية أصلا وجه الرواية الاولى أن المانع من الاعتبار كون العبد فى ضمان المرتهن وقدر الامانة وهو الفضل على الدين ليس فى ضمانه فامكن اعتبار الجناية فى ذلك القدر فلزم اعتبارها وجه الرواية الاخرى أن ذلك القدر وان لم يكن مضمونا فهو فى حكم المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس فيمنع الاعتبار وأما جناية الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فلا شك انها معتبرة لان المانع من الاعتبار فى حق الراهن هو كون العبد مملوكا له وفى حق المرتهن كونه فى ضمانه ولم يوجد شئ من ذلك هنا فكانت جنايته عليه وعلى الاجنبى سواء هذا الذى ذكرنا حكم جناية الرهن على بنى آدم وأما حكم جنايته على سائر الاموال بان استهلك مالا تستغرق رقبته فحكمها وحكم جناية غير الرهن سواء وهو تعلق الدين برقبته يباع فيه الا اذا قضى الراهن أو المرتهن دينه فاذا قضاه أحدهما فالحكم فيه والحكم فيما ذكر من الفداء من جنايته على بنى آدم سواء وهو أنه ان قضى المرتهن الدين بقى دينه و بقى العبد رهنا على حاله لانه بالفداء استفرغ رقبة العبد عن الدين واستصفاها عنه فيبقى العبد رهنا بدينه كما كان لو فداه عن الجناية وان أبى المرتهن أن يقضى وقضاه الراهن بطل دين المرتهن لما ذكرنا فى الفداء من الجناية فان امتنعا عن قضاء دينه يباع العبد بالدين و يقضى دين الغريم من ثمنه لان دين العبد مقدم على حق المرتهن ألا ترى انه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتهن أولى لانه دونه ثم اذا بيع العبد وقضى دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو اما ان يكون فيه وفاء بدين الغريم واما ان لم يكن فيه وفاء به فان كان فيه وفاء بدينه فدينه لا يخلو اما ان يكون مثل دين المرتهن واما ان يكون أكثر منه واما ان يكون أقل منه فان كان مثله أو أكثر منه سقط دين المرتهن كله لان العبد زال عن ملك الراهن بسبب وجد فى ضمان المرتهن فصار كانه هلك وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن لانه بدل ملكه لا حق لاحد فيه فيكون له خاصة وان كان أقل منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من ثمن العبد يكون رهنا عند المرتهن بما بقى لانه لا دين فيه فيبقى رهنا ثم ان كان الدين قد حل أخذه بدينه ان كان من جنس حقه وان كان من خلاف جنس حقه أمسكه الى أن يستوفى حقه وان كان الدين لم يحل أمسكه بما بقى من دينه الى أن يحل هذا اذا كان كل العبد مضمونا بالدين فاما اذا كان نصفه مضمونا ونصفه أمانة لا يصرف الفاضل كله الى المرتهن بل يصرف نصفه الى المرتهن و نصفه الى الراهن لان قدر الامانة لا دين فيه فيصرف ذلك الى الراهن وكذلك ان كان قدر المضمون منه والامانة على التفاضل يصرف الفضل اليهما على قدر تفاوت المضمون والامانة فى ذلك لما قلنا وان لم يكن فى ثمن العبد وفاء بدين الغريم أخذ الغريم ثمنه وما بقى من دينه يتأخر الى ما بعد العتاق ولا يرجع به على أحد لانه لم يوجد سبب وجوب الضمان من أحد انما وجد منه وحكمه تعلق الدين برقبته واستيفاء الدين منها فاذا لم تف رقبته بالدين يتأخر ما بقى الى ما بعد العتق واذا أعتق وأدى الباقى لا يرجع بما أدى

على أحد لانه وجب عليه بفعله فلا يرجع على غيره وكذلك حكم جناية ولد الرهن على سائر الاموال وحكم جناية الام سواء فى أنه يتعلق الدين برقبته كما فى الام الا أن هنا لا يخاطب المرتهن بقضاء دين الغريم لان سبب وجوب الدين لم يوجد فى ضمان المرتهن ولان الولد ليس بمضمون بخلاف الام بل يخاطب الراهن بين ان يبيع الولد بالدين و بين ان يستخلفه بقضاء الدين فان قضى الدين بقى الولد رهنا كما كان وان بيع بالدين لا يسقط شئ من دين المرتهن لانه ليس بمضمون بخلاف الام هذا الذى ذكرنا حكم جناية غير الرهن على الرهن وحكم جناية الرهن على غير الرهن فاما حكم جناية الرهن على الرهن فنقول و بالله التوفيق جناية الرهن على الرهن نوعان جناية على الرهن نفسه وجناية على جنسه أما جنايته على نفسه فهى والهلاك بآفة سماوية سواء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا سقط من الدين بقدر النقصان وان كان بعضه مضمونا و بعضه أمانة سقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لا من الامانة وأما جناية الرهن على نفسه فعلى ضربين أيضا جناية بنى آدم على جنسه وجناية البهيمة على جنسها وعلى غير جنسها أما جناية بنى آدم على جنسه بان كان الرهن عبدين فجنى أحدهما على صاحبه فالعبدان لا يخلوا ما ان كانا رهنا فى صفقة واحدة واما ان كانا رهنا فى صفقتين فان كانا رهنا فى صفقة واحدة فجنى أحدهما على صاحبه فجنايته لا تخلو من أربعة أقسام جناية المشغول على المشغول وجناية المشغول على الفارغ وجناية الفارغ على الفارغ وجناية الفارغ على المشغول والكل هدر الا واحدة وهى جناية الفارغ على المشغول فانها معتبرة و يتحول ما فى المشغول من الدين الى الفارغ و يكون رهنا مكانه أما جناية المشغول على المشغول فلانها لو اعتبرت اما ان تعتبر لحق المولى أعنى الراهن واما ان تعتبر لحق المرتهن والاعتبار لحق الرهن لا سبيل اليه فى الفصول كلها لان كل واحد منهما ملكه وجناية المملوك على المملوك ساقطة الاعتبار لحق المالك لان اعتبارها فى حقه لوجوب الدفع عليه أو الفداء له و إيجاب شئ على الانسان لنفسه ممتنع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا سبيل الى اعتبار جناية المشغول على المشغول لحق المرتهن لان الاعتبار لحقه يحول ما فى المجنى عليه من الدين الى الجانى والجانى مشغول بدين نفسه والمشغول بنفسه لا يشتغل بغيره وكذلك جناية المشغول على الفارغ لما قلنا وأما جناية الفارغ على الفارغ فلانه لا دين للفارغ ليتحول الى الجانى فلا يفيد اعتبارها فى حقه وأما جناية الفارغ على المشغول فمكن الاعتبار لحق يتحول ما فيه من الدين الى الفارغ و بيان هذه الجملة فى مسائل اذا كان الدين ألفين والرهن عبدين يساوى كل واحد منهما ألفا فقتل أحدهما صاحبه او جنى عليه جناية فيما دون النفس مما قل ارشها أو كثر فجنايته هدر و يسقط الدين الذى كان فى المجنى عليه بقدره ولا يتحول قدر ما سقط الى الجانى لان كل واحد منهما مشغول كله بالدين وجناية المشغول على المشغول هدر فجعل كان المجنى عليه هلك بآفة سماوية ولو كان الدين ألفا فقتل أحدهما صاحبه فلا دفع ولا فداء وكان القاتل رهنا بسبعمائة وخمسين لان فى كل واحد منهما من الدين خمسمائة فكان نصف كل واحد منهما فارغا ونصفه مشغولا فاذا قتل أحدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصفى القاتل على النصف المشغول والنصف الفارغ من المجنى عليه وجناية قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه شئ من الدين ولا يتحول الى الجانى وجناية قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فيه الى الجانى وذلك مائتان وخمسون وقد كان فى الجانى خمسمائة فيبقى رهنا بسبعمائة وخمسين ولو فقأ أحدهما عين صاحبه تحول نصف ما كان من الدين فى العين الى الباقى فيصير الباقى رهنا بستمائة وخمسة وعشرين و بقى المفقوء عينه رهنا بمائتين وخمسين لان العبد الفاقئ جنى على نصف العبد الآخر لان العين من الآدمى نصفه الا أن ذلك النصف نصفه مشغول بالدين و نصفه فارغ من الدين والفاقئ جنى على النصف المشغول والفارغ جميعا والفاقئ نصفه مشغول و نصفه فارغ الا أن جناية المشغول على قدر المشغول والفارغ وجناية الفارغ على قدر الفارغ والمشغول فقدر جناية الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فى المشغول من الدين الى الفاقئ وذلك مائة وخمسة

وعشرون وقد كان فى الفاقئ خمسمائة فيصير الفاقئ رهنا بستمائة وخمسة وعشرين ويبقى المفقوء عينه رهنا بمائتين وخمسين لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف والله عز وجل أعلم وان كان العبدان رهنا فى صفقتين فان كان فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفا وقدر كل واحد منهما الفا فقتل أحدهما الآخر تعتبر الجناية رهنا بخلاف الفصل الاول لان الصفقة اذا تفرقت صارت بمنزلة مالو رهن كل واحد منهما رجلا على حدة فجنى أحدهما على الاخر وهناك يثبت حكم الجناية كذا ههنا بخلاف ما اذا اتحدت الصفقة واذا اعتبرت الجناية هنا يخير الراهن والمرتهن فان شاآ جعلا القاتل مكان المقتول فيبطل ما كان فى القاتل من الدين وان شاآ فديا القاتل بقيمة المقتول ويكون رهنا مكان المقتول والقاتل رهن على حاله وان لم يكن فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفين وقيمة كل واحد منهما الفا فقتل أحدهما الآخر فان دفعاه فى الجناية قام المدفوع مقام المقتول ويبطل الدين الذى كان فى القاتل وان قالا نفدى فالفداء كله على المرتهن بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما ليس بمضمون كله بل بعضه وهنا كل واحد منهما مضمون كله فاذا حل الدين دفع الراهن الفا وأخذ عبده وكانت الالف الاخرى قصاصا بهذه الالف اذا كان مثله ولو فقأ أحدهما عين الآخر قيل لهما ادفعاه أو افدياه فان دفعاه بطل ما كان فيه من الدين وان فدياه كان الفداء عليهما نصفين وكان الفداء رهنا مع المفقوء عينه لان الجناية معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن اذا جنى على عبد أجنبى فان قال المرتهن أنا لا أفدى ولكنى أدع الرهن على حاله فله ذلك وكان الفاقئ رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان فى المفقوء من الدين لان اعتبار الجناية انما كان لحق المرتهن لا لحق الراهن فاذا رضى المرتهن بهدر الجناية صار هدرا وان قال الراهن أنا أفدى وقال المرتهن لا أفدى كان للراهن أن يفديه وهذا اذا طلب المرتهن حكم الجناية لانه اذا طلب حكم الجناية فحكمها التخيير وان أبى الراهن الفداء وقال المرتهن أنا أفدى والراهن حاضر أو غائب فهو على ما بينا فى العبد الواحد (وأما) جناية البهيمة على جنسها فهى هدر لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال جرح العجماء جبار أى هدر والعجماء البهيمة والجناية اذا هدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها والهلاك بآفة سماوية سواء وكذلك جنايتها على خلاف جنسها هدر لعموم الحديث وأما جناية بنى آدم عليها فحكمها وحكم جنايته على سائر الاموال سواء وقد بينا ذلك

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونا ويبطل به عقد الرهن وما لا يخرج ولا يبطل فنقول وبالله التوفيق يخرج المرهون عن كونه مرهونا ويبطل الرهن بالاقالة لانها فسخ العقد ونقضه والشئ لا يبقى مع ما ينقضه الا أنه لا يبطله بنفس الاقالة من العاقدين ما لم يرد المرتهن الرهن على الراهن بعد الاقالة حتى كان للمرتهن حبسه بعد الاقالة لان العقد لا ينعقد فى الحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون فسخه أيضا وفسخه بالرد وعلى هذا يخرج ما اذا رهن عبدا يساوى الفا بألف فقبضه المرتهن ثم جاء الراهن بجارية وقال للمرتهن خذها مكان الاولى ورد العبد الى لا شك ان هذا جائز لان هذا اقالة العقد فى الاول وانشاء العقد فى الثانى وهما يملكان ذلك الا أنه لا يخرج الاول عن ضمان الرهن الا بالرد على الراهن حتى لو هلك فى يده قبل الرد يهلك بالدين لما ذكرنا أن القبض فى هذا الباب يجرى مجرى الركن حتى لا يثبت الضمان بدونه فلا يتم الفسخ بدون نقض القبض وكذا لا يدخل الثانى فى الضمان الا برد الاول حتى لو هلك الثانى فى يده قبل رد الاول يهلك أمانة لان الراهن لم يرض برهنيتهما على الجميع وانما رضى برهن أحدهما حيث رهن الثانى وطلب رد الاول والاول كان مضمونا بالقبض فلم يخرج عن كونه مضمونا ببعض القبض فيه لا يدخل الثانى فى الضمان ولو هلكا جميعا فى يد المرتهن فسقط الدين بهلاك العبد وهلكت الجارية بغير شئ لانها أمانة هلكت فى يده فتهلك هلاك الامانات ولو قبض الراهن العبد وسلم الجارية خرج عن الضمان لانه خرج عن كونه مرهونا وصارت الجارية مضمونة حتى لو هلكت تهلك بالدين لانه رهنها بالدين الذى كان العبد مرهونا به والعبد كان مضمونا بذلك الدين فكذا الجارية فان كانت قيمة العبد خمسمائة وهو رهن بألف وقيمة

الجارية

الجارية ألف فهلكت تهلك بالالف لانه رهن الجارية بعقد على حدة فكانت رهنا ابتداء الا أن شرط كونه مضمونا ردالاول لانه لم يرض برهنهما جميعا الا أن يكون الثانى بدل الاول بل هومقصود بنفسه فى كونه رهنا فكان المضمون قدرقيمته لاقدرقيمة الاول ولو كان العبد يساوى ألفا والجارية تساوى خمسمائة فردالعبد على الراهن وقبض الجارية فهى رهن بالالف ولكنها ان هلكت تهلك بخمسمائة لما ذكرنا ان الثانى أصل بنفسه لكونه مرهونا بعقد على حدة فيعتبرفى الضمان قدرقيمته ولا يخرج باستيفاء الدين حتى لو هلك فى يد المرتهن بعدما استوفى دينه فعليه رد مااستوفى ويخرج بالابراء عن الدين عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله ويبطل الرهن خلافا لزفر والمسئلة مرت فى مواضع أخرمن هذا الكتاب ولا يخرج بالاعارة ويخرج بالاجارة بان أجره الراهن من أجنبى باذن المرتهن أو المرتهن باذن الراهن أواستأجره المرتهن ويبطل الرهن وقدذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم ويخرج بالكتابة والهبة والصدقة اذافعل أحدهما باذن صاحبه ويخرج بالبيع بان باعه الراهن أوالمرتهن باذن الراهن أو باعه العدل لان ملك المرهون قدزال بالبيع ولكن لا يبطل الرهن لانه زال الى خلف وهوالثمن فبقى العقدعليه وكذافى كل موضع خرج واختلف بدلا ويخرج بالاعتاق اذا كان المعتق موسرا بالاتفاق وان كان معسرا فكذلك عندنا وعندالشافعى رحمه الله لايخرج بناء على ان الاعتاق نافذعندنا وعنده لاينفذ (وجه) قوله ان هذا اعتاق تضمن ابطال حق المرتهن ولا شك انه تضمن ابطال حقه لان حقه متعلق بالرهن ويبطل بالاعتاق وعصمة حقه تمنع من الابطال ولهذا لاينفذ البيع كذا الاعتاق بخلاف مااذا كان الراهن موسرا لان هناك لم يوجد الابطال لانه يمكنه الوصول الى دينه للحال من جهة الراهن (ولنا) ان اعتاقه صادف موقوفا هومملوكه رقبة فينفذ كاعتاقه الآبق والمستأجر ودلالة الوصف ظاهر لان المرهون مملوك للراهن عيناورقبة ان لم يكن مملوكا يدا وحبسا وملك الرقبة يكفى لنفاذ الاعتاق كما فى اعتاق العبد المستأجر والآبق وقوله يبطل حق المرتهن قلنا نعم لكن ضرورة بطلان ملك الراهن وذا لا يمنع النفاذ كما فى موضع الاجماع مع ماان الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق الحبس ولاشك ان اعتبار الحقيقة أولى لانها أقوى بخلاف البيع لان نفاذه يعتمد قيام ملك الرقبة واليد جميعا لان القدرة على تسليم المبيع شرط نفاذه ولم يوجد فى المرهون لانه فى يد المرتهن فاذا نفذ اعتاقه خرج العبد عن أن يكون مرهونا لانه صار حرا من كل وجه والحر من وجه وهوالمدبر لا يصلح للرهن فالحر من كل وجه أولى ولهذا لم يصلح رهنا فى حالة الابتداء فكذا فى حالة البقاء ثم ينظر ان كان الراهن موسرا والدين حال يجبر الراهن على قضائه لانه لامعنى لايجاب الضمان وكذلك ان كان الدين مؤجلا وقدحل الاجل وان كان لم يحل غرم الراهن قيمة العبد وأخذه المرتهن رضامكانه ولا سعاية على العبد أما وجوب الضمان على الراهن فلانه أبطل على المرتهن حقه حقا قويا هو فى معنى الملك أوهوملكه من وجه لصيرورته مستوفيا دينه من ماليته من وجه فجاز أن يكون مضمونا بالاتلاف وأما كونه رهنا فلانه بدل العبد وفى الحقيقة بدل ماليته فيقوم مقامه واذا حل الاجل ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين يستوفى منها دينه فان كانت قيمته أكثر من الدين ردالفضل على الراهن وان كانت قيمته أقل من الدين يرجع بفضل الدين على الراهن وان كانت قيمته من خلاف جنس الدين حبسها بالدين حتى يستوفى دينه (وأما) عدم وجوب السعاية على العبد فلانه لم يوجد منه بسبب وجوب الضمان وهو الاتلاف لان الاتلاف وجد من الراهن لامن العبد ومؤاخذة الانسان بالضمان من غيرمباشرة سبب منه خلاف الاصل وكذلك لو كان الراهن موسرا وقت الاعتاق ثم أعسر بعد ذلك لان العبرة لوقت الاعتاق لانه وقت مباشرة سبب وجوب الضمان وان كان معسرا فللمرتهن أن يرجع بدينه على الراهن ان شاء وان شاء استسعى العبد فى الاقل من قيمته ومن الدين ويعتبر فى العبد أيضا أقل قيمته وقت الرهن ووقت الاعتاق ويسعى فى الاقل منهما ومن الدين حتى لو كان الدين ألفين وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فازدادت قيمته فى يد المرتهن حتى صارت تساوى ألفين ثم أعتقه الراهن وهومعسر سعى العبد فى ألف قدر

قيمته وقت الرهن ولو انتقصت قيمته حتى صار يساوى خمسمائة تسعى فى خمسمائة قدر قيمته وقت الاعتاق (أما) اختيار الرجوع على الراهن فلانه أبطل حقه بالاعتاق (وأما) ولاية استسعاء العبد فلان بالرهن صارت مالية هذا العبد مملوكة للمرتهن من وجه لانه صار مستوفيا الدينه من ماليته فاذا أعتقه الراهن فقد صارت هذه المالية محتبسة عند العبد فوصلت الى العبد بالاتلاف مالية مشغولة بحق المرتهن فكان للمرتهن أن يستخرجها منه ولا يمكنه ذلك الا باستسعاء العبد فله أن يستسعيه بخلاف حالة اليسار لان الدين فى الحقيقة على الراهن وانما العبد جعل محلا لاستيفاء الدين منه عند تعذر الاستيفاء من الراهن على ما هو موضوع الرهن فى الشرع ان الراهن يؤمر بقضاء الدين وعند التعذر يستوفى من الرهن كما قبل الاعتاق والتعذر عند اعسار الراهن لا عند يساره فيسعى فى حال الاعسار لا فى حال اليسار وبخلاف العبد المشترى قبل القبض اذا أعتقه المشترى وهو مفلس لا يكون للبائع ولاية استسعاء العبد بقدر الثمن وان كان محبوسا قبل التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لان العبد بنفس البيع خرج عن ملك البائع من كل وجه فلم يوجد احتباس مالية مملوكة للبائع عند العبد وانما للبائع مجرد حق الحبس فاذا خرج عن محلية الحبس بالاعتاق بطل حق الحبس أصلا وبقى حقه فى مطالبة المشترى بالثمن فحسب أما ههنا فبخلافه (وأما) السعاية فى الاقل من قيمته ومن الدين فلما ذكرنا ان الاستسعاء لمكان ضرورة المالية المملوكة للمرتهن من وجه محتبسة عند العبد فتتقدر السعاية بقدر الاحتباس ثم اذا سعى العبد يرجع بما سعى على الراهن لانه قضى دين الراهن من خالص ملكه على وجه الاضطرار لان الشرع أوجب عليه السعاية والقاضى ألزمه ومن قضى دين غيره مضطرا من مال نفسه لا يكون متبرعا ويرجع عليه كالوارث اذا قضى دين الميت من مال نفسه انه يرجع على التركة كذا هذا فان بقى بعد السعاية شىء من الدين رجع المرتهن بذلك على الراهن ولو نقص العبد فى السعر قبل الاعتاق بان كان الدين ألفا وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فنقص فى السعر حتى عادت قيمة الى خمسمائة ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى فى قدر قيمته وقت الاعتاق وهو خمسمائة فللمرتهن أن يرجع على الراهن بخمسمائة أخرى لانه لم يصل اليه من حقه الا قدر خمسمائة فله أن يرجع عليه بالباقى ولو لم ينقص العبد فى السعر ولكنه قتله عبد يساوى مائة درهم فدفع مكانه فاعتقه الراهن وهو معسر يسعى فى قيمته مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن ويرجع المرتهن على الراهن بتسعمائة لانه لما دفع به فقد قام مقام الاول لحما ودما فصار رهنا بجميع المال كان الاول قائم وتراجع سعره الى مائة فاعتقه الراهن وهو معسر ولو كان كذلك لسعى فى قيمته وقت الاعتاق مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن وكان للمرتهن أن يرجع ببقية دينه على الراهن كذا هذا ولو كان الرهن جارية تساوى ألفا بألف فولدت ولدا يساوى ألفا فاعتقها المولى وهو معسر سعيا فى ألف لان الضمان فيهما ألف ولو لم تلد ولكن قتلها عبد قيمته ألفان فدفع بها ثم أعتقه المولى سعى فى ألف درهم لانه كان مضمونا بهذا القدر لقيامه مقام المقتولة لحما ودما وهى كانت مضمونة بهذا القدر كذا هذا ولو قال المولى لعبده رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر فالقول قول المولى ولزمه السعاية عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله القول قول العبد ولا سعاية عليه (وجه) قوله ان المولى بهذا الاقرار يريد الزام السعاية على العبد وقوله فى الزام السعاية عليه غير مقبول كما لو أقر عليه بذلك بعد الاعتاق (ولنا) انه أقر بما يملك انشاءه عليه للحال لثبوت الولاية له عليه للحال لوجود سبب الولاية وهو الملك فيصح ولا يلتفت الى تكذيب العبد بخلاف ما بعد الاعتاق لانه هناك أقر بما لا يملك للحال انشاءه لزوال ملك الولاية بالاعتاق هذا اذا أعتقه فاما اذا دبره فيجوز تدبيره ويخرج عن كونه رهنا أما جواز التدبير فلانه يقف على قيام ملك الرقبة لجواز الاعتاق وملك الرقبة قائم بعد الرهن (وأما) خروجه عن الرهن فلان المدبر لا يصلح رهنا لان كون المرهون مالا مطلقا شرط جواز الرهن على ما بينا فيما تقدم وبالتدبير يخرج من أن يكون مالا مطلقا فيخرج عن كونه رهنا ولهذا لم يصلح رهنا ابتداء فكذا فى حالة البقاء وهل يسعى للمرتهن لا خلاف فى أن الراهن اذا كان معسرا يسعى (وأما) اذا كان موسرا ذكر الكرخى

رحمه الله انه يسعى وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه لا يسعى وسوى بين المرتهن و بين الاعتاق وهوان الدين ان كان حالا أخذ المرتهن جميع دينه من الراهن وان كان مؤجلا أخذ قيمة العبد من الراهن و يكون رهنا مكانه كما فى الاعتاق (وجه) ماذكره الكرخى ان الدين على المولى وكسب المدبر ملك المولى لانه بالتدبير لم يخرج عن ملك المولى فكانت سعاية مال المولى فكان صرف السعاية الى المرتهن قضاء دين المولى من مال المولى فيستوى فيه حال الاعسار واليسار بخلاف كسب المعتق لانه كسب الحر من كل وجه وكسب الحر من كل وجه ملكه فكانت السعاية ملكه والاصل أن لا يؤمر الانسان بقضاء دين غيره من مال نفسه الا عند العجز عن القضاء بنفسه فيتقيد بحال العجز وهى حالة الاعسار (وجه) ماذكره القاضى أن السعاية وان كانت ملك المولى لكن لا صنع للعبد فى الكتابة بسبب وجوبها اذ لا صنع له فى التدبير بل هو فعل المولى ومهما أمكن ايجاب الضمان على من وجد منه مباشرة بسبب وجوبه كان أولى من ايجابه على من لا صنع فيه أصلا و رأسا فاذا كان المولى معسرا كان الامكان ثابتا فلا معنى لايجاب السعاية على العبد ثم اذا سعى فى حالة الاعسار يسعى فى جميع الدين بالغا ما بلغ لان السعاية مال المولى فكان الاستسعاء من المرتهن استيفاء الدين من مال المولى فكان له أن يستوفيه بتمامه سواء كان الدين حالا أو مؤجلا لما قلنا وقيل ان كان الدين حالا فكذلك فاما اذا كان مؤجلا فلا يسعى الا فى قدر قيمته و يكون رهناً مكانه وهكذا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى (و وجه) الفرق على هذا القول ان الدين اذا كان حالا كان واجب القضاء للحال على سبيل التضييق وهذا مال المولى فيقضى منه دينه على الكمال واذا كان مؤجلا لا يجب قضاؤه للحال أصلا ولا يجب على سبيل التضييق الا أن الراهن بالتدبير فوت حق المرتهن فتجب اعادة حقه اليه بعوض يقوم مقامه جبراً للفائت فيتقدر الجائز بقدر الفائت فيستسعيه بقدر قيمته و يكون رهناً مكانه ولا يرجع المدبر بما يسعى على الراهن بخلاف المعتق فوقع الفرق بين التدبير والاعتاق فى موضعين (أحدهما) ان المدبر يسعى فى جميع الدين بالغاً ما بلغ ولا ينظر الى القيمة والمعتق يسعى فى الاقل من قيمته ومن الدين والثانى ان المدبر لا يرجع بما يسعى على المولى والمعتق يرجع والفرق بينهما يرجع الى حرف واحد وهوان سعاية المدبر ملك مولاه لكون المدبر ملكه اذ الفائت بالتدبير ليس الا منفعة البيع فكان الاستسعاء استيفاء الدين من مال المولى فله أن يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع بما يسعى على المولى لانه قضى دين المولى من مال المولى فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق لان سعايته ملكه على الخصوص لانه حر خالص الا أنه لزمته السعاية لاستخراج ملك المرتهن من وجه المحتبس عنده وهو مال فتتقدر السعاية بقدر الاحتباس و يرجع بالسعاية على المولى اذا كان معسراً لانه قضى ديناً واجباً عليه من مال نفسه مضطرا فيملك الرجوع فى الشرع على ما بينا بخلاف المدبر والله أعلم وعلى ماذكره الكرخى رحمه الله يقع الفرق بينهما فى موضع ثالث أيضاً وهوان المدبر يسعى مع ايسار المولى والمعتق لا يسعى مع ايساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم هذا اذا أعتق او دبر فاما اذا استولد بأن كان الرهن جارية فحبلت عند المرتهن فادعاه الراهن فدعواه لا يخلو اما ان كانت قبل وضع الحمل واما ان كانت بعده فان كانت قبل وضع الحمل صحت دعوته و يثبت نسب الولد منه وصارت الجارية ام ولد له وخرجت عن الرهن (أما) صحة الدعوة فلان الجارية ملكه من كل وجه والملك من وجه يكفى لصحة الدعوة فالملك من كل وجه أولى وثبوت النسب حكم صحة الدعوة وصيرورة الجارية أم ولد له حكم ثبوت النسب وخروج الجارية عن الرهن حكم الاستيلاد وهو صيرورتها أم ولد له لان أم الولد لا تصلح للرهن ألا ترى انها لا تصلح رهنا ابتداء فكذا فى حال البقاء ولا سعاية على الولد لانه صار حراً قبل الولادة فلم يدخل فى الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه (وأما) الجارية فحكمها حكم العبد المرهون اذا دبره الراهن وقد بينا ذلك كله وان كانت الجارية وضعت الحمل ثم ادعى الراهن الولد صحت دعوته وثبت النسب وصار حرا وصارت الجارية أم ولد له وخرجت من الرهن لما ذكرنا فى الفصل الاول الا أن هنا صار الولد حرا بعد ما دخل فى الرهن وصارت له حصة من الرهن فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما الا أن قيمة

الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة فيكون حكم الجارية فى حصتها من الدين حكم المدبر فى جميع الدين وقد ذكرنا ذلك وحكم الولد فى حصته من الدين حكم المعتق فى جميع ماذكرنا وقد بينا ذلك الا أن هناك ينظر الى ثلاثة أشياء الى قيمة العبد وقت الرهن والى قيمته وقت الاعتاق والى الدين فيسعى فى الاقل من الاشياء الثلاثة وهنا ينظر فقط الى قيمة الولد وقت الدعوة والى حصته من الدين فيسعى فى أقلهما اذا كان الراهن معسراً ويرجع بما سعى عليه

﴿ فصل ﴾ (وأما) حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل فنقول وبالله التوفيق اذا كان الدين الف درهم فاختلف الراهن والمرتهن فى قدر المرهون به فقال الراهن انه رهن بخمسمائة وقال المرتهن بألف فالقول قول الراهن مع يمينه لان المرتهن يدعى على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله ولو أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن رهنته بجميع الدين الذى لك على وهو الف والرهن يساوى الفاً وقال المرتهن ارتهنته بخمسمائة والرهن قائم فقد روى عن أبى حنيفة ان القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان لانهما اختلفا فى قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به فاشبه اختلاف البائع والمشترى فى مقدار الثمن وهناك يتحالفان ويترادان كذا هنا فان هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان كما قال المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وان اتفقا على ان الرهن كان بألف واختلفا فى قيمة الجارية فالقول قول المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب فى مقدار الضمان فكذا هذا ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما فاختلفا فى قيمة الهالك ان القول قول المرتهن فى قيمة الهالك والبينة بينة الراهن فى زيادة القيمة لما قلنا وكذلك لو اختلفا فى قدر الرهن فقال المرتهن رهنتنى هذين الثوبين بألف درهم وقال الراهن رهنت أحدهما بعينه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانهما اختلفا فى قدر المعقود عليه وانه يوجب التحالف كما فى باب البيع ولو أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر فى الاصل لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن للمرتهن هلك الرهن فى يدك وقال المرتهن قبضته منى بعد الرهن فهلك فى يدك فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله فى الضمان والمرتهن يدعى البراءة والراهن ينكر فكان القول قوله ولو أقاما البينة فالبينة بينته أيضا لانها تثبت استيفاء الدين وبينة المرتهن تنفى ذلك فالمثبتة أولى ولو قال المرتهن هلك فى يد الراهن قبل أن أقبضه فالقول قوله لان الراهن يدعى دخوله فى الضمان وهو ينكر ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الضمان ولو كان الرهن عبداً فاعور فاختلفا فقال الراهن كانت القيمة يوم الرهن ألفاً فذهب بالاعورار النصف خمسمائة وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة وانما ازداد بعد ذلك فانما ذهب من حقى الربع مائتان وخمسون فالقول قول الراهن لانه يستدل بالحال على الماضى فكان الظاهر شاهداً له وان أقاما البينة فالبينة بينته أيضا لانها تثبت زيادة ضمان فكانت أولى بالقبول ولو كان الدين مائة والرهن فى يد عدل فباعه فاختلفا فقال الراهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين ودفع الى وصدق العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لان المرهون خرج عن كونه مضمونا بنفسه بخروجه عن كونه رهنا بالمبيع وتحول الضمان الى الثمن فالراهن يدعى تحول زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما اذا اختلفا فى مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وبينة المرتهن تنفى تلك الزيادة فالمثبتة أولى لان اتفاقهما على الرهن اتفاق منهما على الدخول فى الضمان فالمرتهن بدعوى البيع يدعى خروجه عن الضمان وتحول الضمان الى الثمن والراهن ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك قال أبو حنيفة رضى الله عنه اذا كان الرهن مثل الدين فى القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بان ادعى انه باعه بمثل الثمن وهو ألف فالقول قوله وان قال بعته بتسعمائة لم يقبل قوله فصار كأنه ضاع ولا يرجع على الراهن بالنقصان الى ان تجىء بينته أو يصدقه لما ذكرنا انه كان مضمونا فلا يقبل قوله فى انتقال الضمان وكذلك العدل اذا قال بعت بتسعمائة ولا يعلم الا بقوله لم يكن على العدل الا تسعمائة

ويكون

و يكون الراهن راهنا بما فيه ولا يرجع المرتهن على الراهن بالمائة الفاضلة لان قول العدل مقبول فى براءة نفسه غير مقبول فى اسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به ولا فى الرجوع على الراهن وذكر فى الاصل اذا كان المرتهن مسلطا على البيع فأقام بينة انه باعه بتسعة وأقام الراهن بينة انه مات فى يد المرتهن أخذ ببينة المرتهن وقال أبو يوسف يؤخذ ببينة الراهن (وجه) قوله ان بينة الراهن تثبت زيادة ضمان بنفيها بينة المرتهن فكانت المثبتة أولى (وجه) رواية الاصل ان بينة المرتهن تثبت أمرا لم يكن وهو تحول الضمان من العين الى الثمن و بينة الراهن تقر رضمانا كان ثابتاً قبل الموت فكانت المثبتة أولى والله تعالى أعلم

﴿ كتاب المزارعة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى معنى المزارعة لغة وشرعا وفى بيان شرعيتها وفى بيان ركن المزارعة وفى بيان الشرائط المصححة للركن على قول من يجيز المزارعة والشرائط المفسدة لها وفى بيان حكم المزارعة الصحيحة وفى بيان حكم المزارعة الفاسدة وفى بيان المعانى التى هى عذر فى فسخ المزارعة وفى بيان الذى ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجودها وفى بيان حكم المزارعة المنفسخة (اما) الاول فالمزارعة فى اللغة مفاعلة من الزرع وهو الانبات والانبات المضاف الى العبد مباشرة فعل أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بحصول النبات عقيبه لا بتخليقه وايجاده وفى عرف الشرع عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه الموضوعة له شرعا فان قيل المزارعة من باب المفاعلة فيقتضى وجود الفعل من اثنين كالمقابلة والمضاربة ونحوهما وفعل الزرع يوجد من العامل دون غيره بدليل انه يسمى هو مزارعا دون رب الارض والبذر ومن لا عمل من جهته فكيف يسمى هذا العقد مزارعة فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان المفاعلة جاز أن تستعمل فيما لا يوجد الفعل الا من واحد كالمداواة والمعالجة وان كان الفعل لا يوجد الا من الطبيب والمعالج وقال الله تعالى عز شأنه قاتلهم الله أنى يؤفكون ولا أحد يقصد مقاتلة الله عز شأنه فكذلك المزارعة جاز أن تكون كذلك والثانى ان كان أصل الباب ماذكر فقد وجد الفعل هنا من اثنين لان المزارعة مفاعلة من الزرع والزرع هو الانبات لغة وشرعا والانبات المتصور من العبد هو التسبيب لحصول النبات وفعل التسبيب يوجد من كل واحد منهما الا ان التسبيب من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتمكين من العمل باعطاء الآلات والاسباب التى لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعا حقيقة لوجود فعل الزرع منه بطريق التسبيب الا انه اختص العامل بهذا الاسم فى العرف ومثل هذا جائز كاسم الدابة ونحوه على ما عرف فى أصول الفقه

﴿ فصل ﴾ وأما شرعية المزارعة فقد اختلف فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة و به أخذ الشافعى رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انها مشروعة (وجه) قولهما ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع نخل خيبر معاملة وأرضها مزارعة وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا هى شريعة متوارثة لتعامل السلف والخلف ذلك من غير انكار (وجه) قول أبى حنيفة ان عقد المزارعة استئجار ببعض الخارج وانه منهى بالنص والمعقول (اما) النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرافع بن خديج فى حائط لا تستأجره بشئ منه و روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قفيز الطحان والاستئجار ببعض الخارج فى معناه والمنهى غير مشروع (واما) المعقول فهو ان الاستئجار ببعض الخارج من النصف والثلث والربع ونحوه استئجار ببدل مجهول وانه لا يجوز كما فى الاجارة و به تبين ان حديث خيبر محمول على الجزية دون المزارعة صيانة لدلائل الشرع عن التناقض والدليل على انه لا يمكن حمله على المزارعة انه عليه الصلاة والسلام قال فيه أقركم ما أقركم الله وهذا منه عليه الصلاة والسلام تجهيل المدة وجهالة المدة تمنع صحة المزارعة بلا خلاف بقى ترك الانكار على التعامل وذا يحتمل أن يكون للجواز و يحتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع الاحتمال

﴿ فصــل ﴾ وأما ركن المزارعة فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول صاحب الارض للعامل دفعت اليك هـذه الارض مزارعة بكذا و يقول العامل قبلت أو رضيت أو مايدل على قبوله و رضاه فاذا وجدا تم العقد بينهما

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فهي في الاصل نوعان شرائط مصححة للعقد على قول من يجيز المزارعة وشرائط مفسدة له (اما) المصححة فأنواع بعضها يرجع الى المزارع و بعضها يرجع الى الزرع و بعضها يرجع الى ماعقد عليه المزارعة و بعضها يرجع الى الآلة للمزارعــة و بعضها الى الخارج و بعضها يرجع الى المزروع فيــه و بعضها يرجع الى مدة المزارعة (اما) الذي يرجع الى المزارع فنوعان الاول أن يكون عاقلا فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة دفعاً واحداً لان العقل شرط أهلية التصرفات (وأما) البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة حتى تجوز مزارعة الصبي المأذون دفعاً واحداً لان المزارعة استئجار ببعض الخارج والصبي المأذون يملك الاجارة لانها تجارة فيملك المزارعة وكذلك الحرية ليست بشرط لصحــة المزارعة فتصح المزارعة من العبد المأذون دفعاً واحــداً لماذ كرنا في الصبي المأذون والثاني أن لا يكون مرتدا على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله في قياس قول من أجاز المزارعة فلا تنفذ مزارعته للحال بل هي موقوفة وعندهما هذا ليس بشرط لجواز المزارعة ومزارعة المرتد نافذة للحال بيان ذلك انه اذا دفع المرتد أرضا الى رجل مزارعة بالنصف أو بالثلث أو بالربع فعمل الرجــل وأخرجت الارض زرعا ثم قتل المرتد او مات على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه بدار الحرب فهذا على وجهـين اما ان دفع الارض والبــذر جميعا مزارعة أو دفع الارض دون البذر فان دفعهما جميعا مزارعة فالخارج كله للمزارع ولا شيء لورثة المرتد لان مزارعته كانت موقوفة فاذا مات أو لحق بدار الحرب تبين انه لم يصح أصلا فصار كأن العامل زرع أرضه ببذر مغصوب ومن غصب من آخر حبا او بذرا به أرضــه فأخرجت كان الخارج له دون صاحب البذر وعلى العامل مثل ذلك البذر لانه مغصوب استهلكه وله مثلــه فيلزمه مثله ثم ينظر ان كانت الارض نقصتها المزارعة فعليه ضمان النقصان لانه أتلف مال الغير بغير اذنه فيجب عليه الضمان و يتصدق بما وراء قدر البذر و نقصان الارض لانه حصــل بسبب خبيث فكان سبيله التصدق وان كانت لم ينقصها المزارعة فلا ضمان عليه لانعدام الاتلاف وان أسـلم فالخارج بينهما على الشرط سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لانه لما أسلم تبين ان المزارعة وقعت صحيحة وعند أبي يوسف ومحمــد الخارج على الشرط كيف ما كان لان تصرفات المرتد نافذة عنــدهما بمنزلة تصرفات المسلم فتــكون حصته له فان مات أو لحق بدار الحرب يكون لورثته وان دفع اليه الارض دون البذر فالخارج له أيضا لانه لما ظهر انه لم تصح المزارعة صار كأنه غصب أرضا و بذرها ببذر نفسه فأخرجت ولو كان كذلك كان الخارج له كذا هذا الا انه يأخذ من ذلك قدر بذره و نفقته وضمان النقصان ان كانت المزارعة نقصتها و يتصــدق بالفضل لماذ كرنا وان كانت لم تنقصها فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله على قياس قول من أجاز المزارعة أن يكون الخارج كله للعامل ولا يلزمه نقصان الارض ولا غيره وفي الاستحسان الخارج بين العامل و بين ورثة المرتد على الشرط (وجه) القياس ماذ كرنا انه يصير بمنزلة الغاصب ومن غصب من آخر أرضا فزرعها ببــذر نفســه ولم تنقصها الزراعة كان الخارج كله له ولا يلزمه شيء كذا هذا (وجه) الاستحسان ان انعدام صحة تصرف المرتد بعــد الموت واللحاق ليس لمكان انعدام أهليته لان الردة لا تنافي انعدام الاهلية بل لتعلق حق ورثته بماله لوجود أمارة الاستغناء بالردة لان الظاهر انه لا يسلم بل يقتل أو يلحق بدار الحرب فيسـتغني عن ماله فيثبت التعلق نظرا لهم ونظرهم ههنا في تصحيح التصرف لا في ابطاله ليصــل اليهم شيء فأشـبه العبد المحجور اذا آجر نفسه وسـلم من العــمل انه لا يبطل تصرفه بل يصحح حتى تجب الاجرة لان الحكم ببطلان تصرفه لنظر المولى ونظره ههنا في التصحيح دون الابطال كذا هذا واذا أســلم المرتد فالخارج على الشرط سواء أســلم قبل انقضاء المزارعة أو بعــد انقضائها نقصت الزراعة الارض أو لم تنقصها كما ذكرنا في الوجــه الاول وعلى قولهما الخارج على الشرط كيف ما كان أسـلم أو قتل أو لحق لان تصرفاته نافذة بمنزلة تصرفات المســلم هذا اذا

دفع

دفع مرتد أرضه مزارعة الى مسلم فاما اذا دفع مسلم أرضه مزارعة الى مرتد فهذا على وجهين أيضا اما ان دفع الارض والبذر جميعا أو دفع الارض دون البذر فان دفعهما جميعا مزارعة فعمل المرتد فأخرجت الارض زرعا كثيرا ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم و بين ورثة المرتد على الشرط بلا خلاف لان انعدام صحة تصرف المرتد لا لعين ردته بل لتضمنه ابطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على ما مر وعمل المرتد ههنا ليس تصرفا في ماله بل على نفسه بايفاء المنافع ولا حق لورثته في نفسه فصحت المزارعة فكان الخارج على الشرط المذكور وان دفع الارض دون البذر فعمل المرتد ببذره وأخرجت الارض زرعا ففي قياس قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المزارعة ان الخارج كله لورثة المرتد ولا يجب نقصان الارض لان عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال فلم تنفذ مزارعته فكان الخارج حادثا على ملكه لكونه نماء ملكه فكان لورثته وفيه اشكال وهو ان هذا الخارج من اكساب ردته وكسب الردة فيء عند أبي حنيفة فكيف يكون لورثته (والجواب) انه حين بذر كان حق الورثة متعلقا بالبذر لما مر من قبل فالحاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب نقصان الارض لان ضمان النقصان يعتمد اتلاف مال الغير بغير اذنه ولم يوجد اذ المزارعة حصلت باذن المالك وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما اذا كان مسلما لما ذكرنا وان أسلم فالخارج على الشرط بلا خلاف سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لما ذكرنا هذا اذا كانت المزارعة بين مرتد ومسلم (فأما) اذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط بلا خلاف لانه لما كان مسلما وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة بعد ذلك لا تبطله (وأما) المرتدة فتصح مزارعتها دفعا واحدا بالاجماع لان تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها دفعا واحدا بمنزلة مزارعة المسلمة

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى الزرع فنوع واحد وهو أن يكون معلوما بأن بين ما يزرع لان حال المزروع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان فرب زرع يزيد في الارض ورب زرع ينقصها وقد يقل النقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مضافا الى التزامه الا اذا قال له ازرع فيها ما شئت فيجوز له أن يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الامر اليه فقد رضي بالضرر الا أنه لا يملك الغرس لان الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المزروع فهو أن يكون قابلا لعمل الزراعة وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرى العادة لان ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة حتى لو دفع أرضا فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يجز كذا قالوا لان الزرع اذا استحصد لا يؤثر فيه عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلا لعمل الزراعة

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى الخارج من الزرع فأنواع (منها) أن يكون مذكورا في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لان المزارعة استئجار والسكوت عن ذكر الاجرة يفسد الاجارة (ومنها) أن يكون لهما حتى لو شرطا أن يكون الخارج لاحدهما يفسد العقد لان معنى الشركة لازم لهذا العقد وكل شرط يكون قاطعا للشركة يكون مفسدا للعقد (ومنها) أن تكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى لو شرطا أن يكون من غيره لا يصح العقد لان المزارعة استئجار ببعض الخارج به تنفصل عن الاجارة المطلقة (ومنها) أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والربع ونحوه لان ترك التقدير يؤدي الى الجهالة المفضية الى المنازعة ولهذا شرط بيان مقدار الاجرة في الاجارات كذا هذا (ومنها) أن يكون جزأ شائعا من الجملة حتى لو شرط لاحدهما قفزانا معلومة لا يصح العقد لان المزارعة فيها معنى الاجارة والشركة تنعقد اجارة ثم تتم شركة (أما) معنى الاجارة فلأن الاجارة تمليك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لان البذر ان كان من رب الارض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الارض بعوض وهو نماء بذره وان كان البذر من قبل العامل فرب الارض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض هو نماء بذره فكانت المزارعة استئجارا اما للعامل واما للارض لكن ببعض الخارج وأما معنى الشركة

فلأن الخارج يكون مشتركا بينهما على الشرط المذكور واذا ثبت ان معنى الاجارة والشركة لازم لهذا العقد فاشتراط قدر معلوم من الخارج ينفي لزوم معنى الشركة لاحتمال ان الارض لاتخرج زيادة على القدر المعلوم ولهذا اذا شرط في المضاربة سهم معلوم من الربح لا يصح كذا هذا وكذا اذا ذكرجزأ شائعا وشرط معه زيادة أقفزة معلومة انه الا يصح لما قلنا وعلى هذا اذا شرط أحدهما البذر لنفسه وأن يكون الباقي بينهما لا تصح المزارعة لجواز أن لاتخرج لارض الاقدر البذر فيكون كل الخارج له فلا يوجد معنى الشركة ولان هذا في الحقيقة شرط قدر البذر أن يكون له لاعين البذر لان عينه تهلك في التراب وذا لا يصح لما ذكرنا وهذا بخلاف المضاربة لان قدر رأس المال يرفع و يقسم الباقي على الشرط لان المضاربة تقتضي الشركة في الربح لا في غيره ودفع رأس المال لانعدام معنى الشركة في الربح (فأما) المزارعة فتقتضي الشركة في كل الخارج واشتراط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كله فهو الفرق بين الفصلين وكذا اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي لا يصح العقد لان ما على الماذيانات والسواقي معلوم فشرطه يمنع لزوم الشركة في العقد وقد روي انهم كانوا يشترطون في عقد المزارعة لاحدهما ما على الماذيانات والسواقي فلما بعث النبي المكرم عليه أفضل التحية ابطله

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المزروع فيه وهو الارض فأنواع (منها) أن تكون صالحة للزراعة حتى لو كانت سبخة أونزة لا يجوز العقد لان المزارعة عقد استئجار لكن ببعض الخارج والارض السبخة والنزة لاتجوز اجارتها فلا تجوز مزارعتها (فأما) اذا كانت صالحة للزراعة في المدة لكن لا تمكن زراعتها وقت العقد لعارض من انقطاع الماء و زمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها كما تجوز اجارتها (ومنها) أن تكون معلومة فان كانت مجهولة لا تصح المزارعة لانها تؤدي الى المنازعة ولو دفع الارض مزارعة على أن ما يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعيرا فكذا يفسد العقد لان المزروع فيه مجهول لان كلمة من للتبعيض فيقع على بعض الارض وانه غير معلوم وكذا لو قال على أن يزرع بعضها حنطة و بعضها شعيرا لان التنصيص على التبعيض تنصيص على التجهيل ولو قال على ان ما زرعت فيها حنطة فكذا وما زرعت فيها شعيرا فكذا جاز لانه جعل الارض كلها ظرفا لزرع الحنطة أو لزرع الشعير فانعدم التجهيل ولو قال على أن أزرع فيها بغير كراب فكذا ذكر في الاصل انه جائز وهذا مشكل لان المزروع فيه من الارض مجهول فأشبه ما اذا قال ما يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعيرا فكذا ومنهم من اشتغل بتصحيح جواب الكتاب والفرق بين الفصلين على وجه لم يتضح ولو قال على أنه ان زرع حنطة فكذا وان زرع شعيرا فكذا وان زرع سمسما فكذا ولم يذكر منها فهو جائز لانعدام جهالة المزروع فيه وجهالة الزرع للحال ليس بضائر لانه فوض الاختيار اليه فاي ذلك اختاره يتعين ذلك العقد باختياره فعلا كما قلنا في الكفارات الثلاث ولو زرع بعضها حنطة و بعضها شعيرا جاز لانه لو زرع الكل حنطة أو الكل شعيرا لجاز فاذا زرع البعض حنطة والبعض شعيرا أولى (ومنها) أن تكون الارض مسلمة الى العامل مخلاة وهو أن يوجد من صاحب الارض التخلية بين الارض و بين العامل حتى لو شرط العمل على رب الارض لا تصح المزارعة لانعدام التخلية فكذا اذا اشترط فيه عملهما فيمنع التخلية جميعا لما قلنا ولهذا لو شرط رب المال في عقد المضاربة العمل مع المضارب لا تصح المضاربة لانه شرط يمنع وجود ما هو شرط لصحة العقد وهو التخلية كذا هذا وعلى هذا اذا دفع ارضا و بذرا و بقرا على أن يزرع العامل وعبد رب الارض وللعامل الثلث ولرب الارض الثلث ولعبده الثلث فهو جائز على ما اشترط لان صاحب الارض صار مستأجرا للعامل ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه فصح وشرط العمل على عبده لا يكون شرطا على نفسه لان العبد المأذون له يد نفسه على كسبه لا يد النيابة عن مولاه فيصير بمنزلة الاجنبي فلا يمنع تحقيق التخلية فلا يمنع الصحة و يكون نصيب العبد لمولاه وان كان البذر من العامل لا تصح المزارعة لانه يصير مستأجرا للارض والبقر والعبد ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وذا

لا يصح

لا يصح على ماذكرو يكون الخارج له وعليه أجر مثل الارض والبقر والعبد لان هذا حكم المزارعة الفاسدة على مايذكر في موضعه وكذا لو كان شرط عمل رب الارض مع ذلك كان له أيضا أجر مثل عمله لان هذا شرط مفسد للعقد والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى ماعقد عليه المزارعة فهو أن يكون المعقود عليه فى باب المزارعة مقصودا من حيث انها اجارة أحد أمرين اما منفعة العامل بأن كان البذر من صاحب الارض واما منفعة الارض بأن كان البذر من العامل لان البذر اذا كان من قبل رب الارض يصير مستأجرا للعامل واذا كان من قبل العامل يصير مستأجرا للارض واذا اجتمعا فى الاستئجار فسدت المزارعة فأما منفعة البقر فان حصلت تابعة صحت المزارعة وان جعلت مقصودة فسدت

﴿فصل﴾ وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة فنقول وبالله التوفيق المزارعة أنواع (منها) أن تكون الارض والبذر والبقر والآلة من جانب والعمل من جانب وهذا جائز لان صاحب الارض يصير مستأجرا للعامل لا غير ليعمل له فى أرضه ببعض الخارج الذى هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض من جانب والباقى كله من جانب وهذا أيضا جائز لان العامل يصير مستأجرا للارض لا غير ببعض الخارج الذى هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض والبذر من جانب والبقر والآلة والعمل من جانب فهذا أيضا جائز لان هذا استئجار للعامل لا غير مقصودا فأما البذر فغير مستأجر مقصودا ولا يقابله شىء من الاجرة بل هى توابع للمعقود عليه وهو منفعة العامل لانه آلة للعمل فلا يقابله شىء من العمل كمن استأجر خياطا ليخيط بابرة نفسه جاز ولا يقابلها شىء من الاجرة ولانه لما كان تابعا للمعقود عليه فكان جاريا مجرى الصفة للعمل كان العقد عقداً على عمل جيد والاوصاف لا قسط لها من العوض فأمكن أن تنعقد اجارة ثم تتم شركة بين منفعة الارض وبين منفعة العامل (ومنها) أن تكون الارض والبقر من جانب والبذر والعمل من جانب وهذا لا يجوز فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه يجوز (وجه) قوله انه لو كان الارض والبذر من جانب جاز وجعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل فكذا اذا كان الارض والبقر من جانب يجب أن يجوز ويجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الارض (وجه) ظاهر الرواية ان العامل هنا يصير مستأجرا للارض والبقر جميعاً مقصودا ببعض الخارج لانه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هنا لاختلاف جنس المنفعة لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فبقيت أصلا بنفسها فكان هذا استئجار البقر ببعض الخارج أصلا ومقصودا واستئجار البقر مقصودا ببعض الخارج لا يجوز لوجهين أحدهما ماذكرنا أن المزارعة تنعقد اجارة ثم تتم شركة ولا يتصور انعقاد الشركة بين منفعة البقر وبين منفعة العامل بخلاف الفصل الاول لانه يتصور انعقاد الشركة بين منفعة الارض ومنفعة العامل والثانى أن جواز المزارعة ثبت بالنص مخالفا للقياس لان الاجرة معدومة وهى مع انعدامها مجهولة فيقتصر جوازها على المحل الذى ورد النص فيه وذلك فيما اذا كانت الآلة تابعة فاذا جعلت مقصودة يرد الى القياس (ومنها) أن يكون البذر والبقر من جانب والارض والعمل من جانب وهذا لا يجوز أيضا لان صاحب البذر يصير مستأجرا للارض والعامل جميعا ببعض الخارج والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة (ومنها) أن يكون البذر من جانب والباقى كله من جانب وهذا لا يجوز أيضا لما قلنا وروى عن أبى يوسف فى هذين الفصلين أيضا انه يجوز لان استئجار كل واحد منهما جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع (والجواب) ماذكرنا أن الجواز على مخالفة القياس ثبت عند الانفراد فتبقى حالة الاجتماع على أصل القياس وطريق الجواز فى هذين الفصلين بالاتفاق أن يأخذ صاحب البذر الارض مزارعة ثم يستعير من صاحبها ليعمل له فيجوز والخارج يكون بينهما على الشرط (ومنها) أن يشترك جماعة من أحدهم الارض ومن الآخر البقر ومن الآخر البذر ومن الرابع العمل وهذا لا يجوز أيضا لما مر وفى عين هذا ورد الخبر بالفساد فانه روى أن أربعة نفر اشتركوا على عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم مزارعتهم وعلى قياس ماروى عن أبى يوسف يجوز (ومنها) أن يشترط فى عقد المزارعة أن يكون بعض البذر من قبل أحدهما والبعض من قبل الآخر وهذا لا يجوز لان كل واحد منهما يصير مستأجرا صاحبه فى قدر بذره فيجتمع استئجار الارض والعمل من جانب واحد وانه مفسد (ومنها) أن تكون الارض من جانب والبذر والبقر من جانب دفع صاحب الارض أرضه اليه على أن يزرعها ببذره وبقره مع هذا الرجل الآخر على أن ماخرج من شئ فثلثه لصاحب الارض وثلثاه لصاحب البذر والبقر وثلثه لذلك العامل وهذا صحيح فى حق صاحب الارض والعامل الاول فاسد فى حق العامل الثانى ويكون ثلث الخارج لصاحب الارض وثلثاه للعامل الاول وللعامل الثانى أجر مثل عمله وكان ينبغى أن تفسد المزارعة فى حق الكل لان صاحب البذر وهو العامل الاول جمع بين استئجار الارض والعامل وقد ذكرنا أن الجمع بينهما مفسد للعقد لكونه خلاف مورد الشرع بالمزارعة ومع ذلك حكم بصحتها فى حق صاحب الارض والعامل الاول وانما كان كذلك لان العقد فيما بين صاحب الارض والعامل الاول وقع استئجار اللارض لاغير وانه صحيح وفيما بين العاملين وقع استئجار الارض والعامل جميعا وانه غير صحيح ويجوز أن يكون العقد الواحد له جهتان جهة الصحة وجهة الفساد خصوصا فى حق شخصين فيكون صحيحا فى حق أحدهما فاسدا فى حق الآخر ولو كان البذر فى هذه المسئلة من صاحب الارض صحت المزارعة فى حق الكل والخارج بينهم على الشرط لان صاحب الارض فى هذه الصورة يعتبر مستأجرا للعاملين جميعا والجمع بين استئجار العاملين لا يقدح فى صحة العقد واذا صح العقد كان الخارج على الشرط

﴿فصل﴾ واما الذى يرجع الى آلة المزارعة فهو أن يكون البقر فى العقد تابعا فان جعل مقصودا فى العقد تفسد المزارعة وقد تقدم بيانه فى الفصل المتقدم بما فيه كفاية

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى مدة المزارعة فهو أن تكون المدة معلومة فلا تصح المزارعة الا بعد بيان المدة لانها استئجار ببعض الخارج ولا تصح الاجارة مع جهالة المدة وهذا هو القياس فى المعاملة أن لا تصح الا بعد بيان المدة لانها استئجار العامل ببعض الخارج فكانت اجارة بمنزلة المزارعة الا انها جازت فى الاستحسان لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة وتقع على أول جزء يخرج من الثمرة فى أول السنة لان وقت ابتداء المعاملة معلوم (فأما) وقت ابتداء المزارعة فيتفاوت حتى انه لو كان فى موضع لا يتفاوت يجوز من غير بيان المدة وهو على أول زرع يخرج كذا ذكر محمد ابن سلمة أن بيان المدة فى ديارنا ليس بشرط كما فى المعاملة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المفسدة للمزارعة فأنواع وقد دخل بعضها فى بيان الشرائط المصححة (منها) شرط كون الخارج لاحدهما لانه شرط يقطع الشركة التى هى من خصائص العقد (ومنها) شرط العمل على صاحب الارض لان ذلك يمنع التسليم وهو التخلية (ومنها) شرط البقر عليه لان فيه جعل منفعة البقر معقودا عليها مقصودة فى باب المزارعة ولا سبيل اليه (ومنها) شرط العمل والارض جميعا من جانب واحد لان ذلك خلاف مورد الشرع الذى هو خلاف القياس على مامر فى الفصول المتقدمة (ومنها) شرط الحمل والحفظ على المزارع بعد القسمة لانه ليس من عمل المزارعة (ومنها) شرط الحصاد والرفع الى البيدر والدياس والتذرية لان الزرع لا يحتاج اليه اذ لا يتعلق به صلاحه والاصل أن كل عمل يحتاج اليه الزرع قبل تناهيه وادراكه وجفافه مما يرجع الى اصلاحه من السقى والحفظ وقلع الحشاوة وحفر الانهار وتسوية المسناة ونحوها فعلى المزارع لان ماهو المقصود من الزرع وهو النماء لا يحصل بدونه عادة فكان من توابع المعقود عليه فكان من عمل المزارعة فيكون على المزارع وكل عمل يكون بعد تناهى الزرع وادراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج اليه لخلوص الحب وتنقيته يكون بينهما على شرط الخارج لانه ليس من عمل المزارعة ولهذا قالوا لودفع أرضا مزارعة وفيها زرع قد استحصد لا يجوز لانقضاء وقت عمل المزارعة اذ العمل

فيه بعد الادراك مما لا يفيده وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل الى البيت ونحوه مما يحتاج اليه لاحراز المقسوم فعلى كل واحد منهما فى نصيبه لان ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره وروى عن أبى يوسف انه أجاز شرط الحصاد ورفع البيدر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس وبعض مشايخنا بما وراء النهر يفتون به أيضا وهو اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة من مشايخ خراسان والجذاذ فى باب المعاملة لا يلزم العامل بلا خلاف (أما) فى ظاهر الرواية فلا يشكل وأما على رواية أبى يوسف فلانعدام التعامل فيه ولو باع الزرع قصيلا فاجتمعا على أن يقصلاه كان القصل على كل واحد منهما فى قدر شرط الحب لانه بمنزلة شرط الحصاد (ومنها) شرط التبن لمن لا يكون البذر من قبله وجملته ان هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان شرطا أن يكون التبن بينهما واما ان سكتا عنه واما ان شرطا أن يكون لاحدهما دون الآخر فان شرطا أن يكون بينهما لا شك أنه يجوز لانه شرط مقرر مقتضى العقد لان الشركة فى الخارج من الزرع من معانى هذا العقد على ما مر وان سكتا عنه يفسد عند أبى يوسف وعند محمد لا يفسد ويكون لصاحب البذر منهما وذكر الطحاوى ان محمداً رجع الى قول أبى يوسف (وجه) قول محمد ان ما يستحقه صاحب البذر يستحقه ببذره لا بالشرط فكان شرط التبن والسكوت عنه بمنزلة واحدة (وجه) قول أبى يوسف ان كل واحد منهما أعنى الحب والتبن مقصود من العقد فكان السكوت عن التبن بمنزلة السكوت عن الحب وذا مفسد بالاجماع فكذا هذا وان شرطا أن يكون لاحدهما دون الآخر فان شرطاه لصاحب البذر جاز ويكون له لان صاحب البذر يستحقه من غير شرط لكونه نماء ملكه فالشرط لا يزيده الا تأكيدا وان شرطاه لمن لا بذر له فسدت المزارعة لان استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط لانه نماء ملكه ونماء ملك الانسان ملكه فصار شرط كون التبن لمن لا بذر من قبله بمنزلة شرط كون الحب له وذا مفسد كذا هذا (ومنها) أن يشترط صاحب الارض على المزارع عملا يبقى أثره ومنفعته بعد مدة المزارعة كبناء الحائط والسرقند واستحداث حفر النهر ورفع المسناة ونحو ذلك مما يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد انقضاء المدة لانه شرط لا يقتضيه العقد وأما الكراب فلا يخلو فى الاصل من وجهين (اما) ان شرطاه فى العقد واما ان سكتا عنه فان سكتا عنه هل يدخل تحت عقد المزارعة حتى يجبر المزارع عليه لو امتنع أولا فسنذكره فى حكم المزارعة الصحيحة ان شاء الله تعالى وان شرطاه فى العقد فلا يخلو ايضا من وجهين اما ان شرطاه مطلقا عن صفة التثنية واما ان شرطاه مقيداً بها فان شرطاه مطلقاً عن الصفة قال بعضهم انه يفسد العقد لان أثره يبقى الى ما بعد المدة وقال عامتهم لا يفسد وهو الصحيح لان الكراب بدون التثنية مما يبطل السقى على وجه لا يبقى له أثر ومنفعة بعد المدة فلم يكن شرطه مفسدا للعقد وان شرطاه مع التثنية فسدت المزارعة لان التثنية اما أن تكون عبارة عن الكراب مرتين مرة للزراعة ومرة بعد الحصاد ليرد الارض على صاحبها مكروبة وهذا شرط فاسد لا شك فيه لما ذكرنا أنه شرط عمل ليس هو من عمل المزارعة لان الكراب بعد الحصاد ليس من عمل المزارعة فى هذه السنة واما أن يكون عبارة عن فعل الكراب مرتين قبل الزراعة وانه عمل يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد المدة فكان مفسداً حتى انه لو كان فى موضع لا يبقى لا يفسد كذا قال بعض مشايخنا ولو دفع الارض مزارعة على أنه ان زرعها بغير كراب فللمزارع الربع وان زرعها بكراب فله الثلث وان كربها وثناها فله النصف فهو جائز على ما شرطا كذا ذكر فى الاصل وهذا مشكل فى شرط الكراب مع التثنية لانه شرط مفسد فينبغى أن يفسد ها هذا الشرط واذا عمل يكون له أجر مثل عمله فاما شرط الكراب وعدمه فصحيح على الشرط المذكور لانه غير مفسد وبعضهم صححوا جواب الكتاب وفرقوا بين هذا الشرط وبين شرط التثنية بفرق لم يتضح وفرع فى الاصل فقال ولو زرع بعض الارض بكراب وبعضها بغير كراب وبعضها بثنيان فهو جائز والشرط بينهما فى كل الارض نافذ على ما شرطا كذا ذكر فى الاصل وهذا بناء على الاول لانه ان شرط التثنية فى كل الارض عند اختياره ذلك يصح فى البعض بالطريق الاولى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة عند من يجيزها فنقول وبالله التوفيق للمزارعة الصحيحة أحكام

(منها) ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع اليه لاصلاحه فعلى المزارع لان العقد تناوله وقد بيناه (ومنها) ان كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقين وقلع الحشاوة ونحو ذلك فعليهما على قدر حقهما وكذلك الحصاد والحمل الى البيدر والدياس وتذريته لما ذكرنا ان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط المذكور لان الشرط قد صح فيلزم الوفاء به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ومنها) انها اذا لم تخرج الارض شيأ فلا شيء لواحد منهما لا أجر العمل ولا أجر الارض سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض بخلاف المزارعة الفاسدة انه يجب فيها أجر المثل وان لم تخرج الارض شيأ والفرق أن الواجب فى العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد الخارج فلا يجب شيء والواجب فى المزارعة الفاسدة أجر مثل العمل فى الذمة لا فى الخارج فانعدام الخارج لا يمنع وجوبه فى الذمة فهو الفرق (ومنها) ان هذا العقد غير لازم فى جانب صاحب البذر لازم فى جانب صاحبه لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على الصحة وقال لا أريد زراعة الارض له ذلك سواء كان له عذر أو لم يكن ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك الا من عذر وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما أن يمتنع الا من عذر والفرق بين هذه الجملة ان صاحب البذر لا يمكنه المضى فى العقد الا باتلاف ملكه وهو البذر لان البذر يهلك فى التراب فلا يكون الشروع فيه ملزما فى حقه اذ الانسان لا يجبر على اتلاف ملكه ولا كذلك من ليس البذر من قبله والمعاملات لانه ليس فى لزوم المعنى اياهم اتلاف ملكهم فكان الشروع فى حقهم ملزما ولا ينفسخ الا من عذر كما فى سائر الاجارات وسواء كان المزارع كرب الارض أو لم يكربها لان ماذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما ولا شيء للعامل فى عمل الكراب على ماذكره فى حكم المزارعة المنفسخة ان شاء الله تعالى ومنها ولاية جبر المزارع على الكراب وعدمها وهذا على وجهين اما ان شرطا الكراب فى العقد واما ان سكتا عن شرطه فان شرطاه يجبر عليه لانه شرط صحيح فيجب الوفاء به وان سكتا عنه ينظر ان كانت الارض مما يخرج الزرع بدون الكراب زرعا معتادا أيقصد مثله فى عرف الناس لا يجبر المزارع عليه وان كانت مما لا يخرج أصلا أو يخرج ولكن شيأ قليلا لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب لان مطلق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة وعلى هذا اذا امتنع المزارع عن السقى وقال ادعها حتى تسقيها السماء فهو على قياس هذا التفصيل انه ان كان الزرع مما يكتفى بماء السماء ويخرج زرعا معتادا بدونه لا يجبر على السقى وان كان مع السقى أجود فان كان مما لا يكتفى به يجبر على السقى لما قلنا (ومنها) جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخارج والحط عنه وعدم الجواز والاصل فيه انكلما احتمل انشاء العقد عليه احتمل الزيادة ومالا فلا والحط جائز فى الحالين جميعا كما فى الزيادة فى الثمن فى باب البيع اذا عرف هذا فنقول الزيادة والحط فى المزارعة على وجهين اما ان يكون من المزارع واما أن يكون من صاحب الارض ولا يخلو اما أن يكون البذر من قبل المزارع واما أن يكون من صاحب الارض بعد ما استحصد الزرع أو قبل أن يستحصد فان كان من بعد ما استحصد والبذر من قبل العامل وكانت المزارعة على النصف مثلا فزاد المزارع صاحب الأرض السدس فى حصته وجعل له الثلثين ورضى به صاحب الارض لا تجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط نصفان وان زاد صاحب الارض المزارع السدس فى حصته وتراضيا فالزيادة جائزة لان الاول زيادة على الاجرة بعد انتهاء عمل المزارعة باستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة وانه لا يجوز ألا ترى انهما لو أنشأ العقد بعد الحصاد لا يجوز فكذلك الزيادة والثانى حط من الاجرة وانه لا يستدعى قيام المعقود عليه كما فى باب البيع هذا اذا كان البذر من قبل العامل فان كان من قبل صاحب الارض فزاد صاحب الارض لا يجوز وان زاد المزارع جاز لما قلنا هذا اذا زاد أحدهما بعد ما استحصد الزرع فان زاد قبل أن يستحصد جاز أيهما كان لان الوقت يحتمل انشاء العقد فيحتمل الزيادة أيضا بخلاف الفصل الاول

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المزارعة الفاسدة فأنواع (منها) انه لا يجب على المزارع شيء من أعمال المزارعة لان

وجوبه

وجو به بالعقد ولم يصح (ومنها) ان الخارج يكون كله لصاحب البذر سواء كان رب الارض أو المزارع لان استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نماء ملكه لا بالشرط لوقوع الاستغناء بالملك عن الشرط واستحقاق الاجر الخارج بالشرط وهو العقد فاذا لم يصح الشرط استحقه صاحب الملك ولا يلزمه التصدق بشيء لانه نماء ملكه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان للعامل عليه أجر المثل لان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان هو مستأجرا للعامل فاذا فسدت الاجارة وجب أجر مثل عمله واذا كان البذر من قبل العامل كان عليه لرب الارض أجر مثل أرضه لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجرا للارض فاذا فسدت الاجارة يجب عليه أجر مثل أرضه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض واستحق الخارج وغرم للعامل أجر مثل عمله فالخارج كله له طيب لانه حاصل من ملكه وهو البذر في ملكه وهو الارض واذا كان من قبل العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الارض أجر مثل أرضه فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره وقدر أجر مثل الارض و يطيب ذلك له لانه سلم له بعوض و يتصدق بالفضل على ذلك لانه وان تولد من بذره لكن في أرض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة الخبث فكان سبيله التصدق (ومنها) ان أجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الارض لان المزارعة عقد اجارة والاجرة في الاجارة الفاسدة لا تجب الا بحقيقة الاستعمال ولا تجب بالتخلية لانعدام التخلية فيها حقيقة اذ هي عبارة عن رفع الموانع والتمكن من الانتفاع حقيقة وشرعا ولم يوجد بخلاف الاجارة الصحيحة على ما عرف في الاجارات (ومنها) ان أجر المثل يجب في المزارعة الفاسدة وان لم تخرج الارض شيأ بعد ان استعملها المزارع وفي المزارعة الصحيحة اذا لم تخرج شيأ لا يجب شيء لواحد منهما وقد مر الفرق فيما تقدم (ومنها) ان أجر المثل في المزارعة الفاسدة يجب مقدرا بالمسمى عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا اذا كانت الاجرة وهو حصة كل واحد منهما مسماة في العقد فان لم يكن يجب أجر المثل تاما بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله أن الاصل في الاجارة وجوب أجر المثل لانها عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بعوض ومبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين وذلك في وجوب أجر المثل لانه المثل الممكن في الباب اذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة الا أن فيه ضرب جهالة وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد فلا بد من تسمية البدل تصحيحا للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع أيضا فاذا لم يصح العقد لفوات شرط من شرائطه وجب المصير الى البدل الاصلي للمنافع وهو أجر المثل ولهذا اذا لم يسم البدل أصلا في العقد وجب أجر المثل بالغا ما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان الاصل ما قاله محمد وهو وجوب أجر المثل بدلا عن المنافع قيمة لها لانه هو المثل بالقدر الممكن لكن مقدرا بالمسمى لانه كما يجب اعتبار المماثلة في البدل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن يجب اعتبار التسمية بالقدر الممكن لان اعتبار تصرف العاقل واجب ما أمكن وأمكن ذلك بتقدير أجر المثل بالمسمى لان المستأجر ما رضي بالزيادة على المسمى والآجر ما رضي بالنقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير أجر المثل به عملا بالدليلين و رعاية للجانبين بالقدر الممكن فكان أولى بخلاف ما اذا لم يكن البدل مسمى في العقد لان البدل اذا لم يكن مسمى أصلا لا حاجة الى اعتبار التسمية فوجب اعتبار أجر المثل فهو الفرق

﴿ فصل ﴾ وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فأنواع بعضها يرجع الى صاحب الارض و بعضها يرجع الى المزارع (أما) الاول الذي يرجع الى صاحب الارض فهو الدين الفادح الذي لا قضاء له الا من ثمن هذه الارض تباع في الدين و يفسخ العقد بهذا العذر اذا أمكن الفسخ بان كان قبل الزراعة أو بعدها اذا ادرك الزرع و بلغ مبلغ الحصاد لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضي الارض بدينه أولا ثم يفسخ المزارعة ولا تنفسخ بنفس العذر وان لم يمكن الفسخ بان كان الزرع لم يدرك ولم يبلغ مبلغ الحصاد لا يباع في الدين ولا يفسخ الى أن يدرك الزرع لان في البيع ابطال حق العامل وفي الانتظار الى وقت الادراك تأخير حق صاحب الدين

وفيه رعاية الجانبين فكان أولى و يطلق من الحبس ان كان محبوسا الى غاية الادراك لان الحبس جزاء الظلم وهو المطل وانه غير مماطل قبل الادراك لكونه ممنوعا عن بيع الارض شرعا والممنوع معذور فاذا أدرك الزرع يرد الى الحبس ثانيا ليبيع أرضه و يؤدى دينه بنفسه والا فيبيع القاضى عليه (وأما) الثانى الذى يرجع الى المزارع فنحو المرض لانه معجز عن العمل والسفر لانه يحتاج اليه وترك حرفة الى حرفة لان من الحرف مالا يغنى من جوع فيحتاج الى الانتقال الى غيره ومانع يمنعه من العمل على ماعرف فى كتاب الاجارة

﴿ فصل ﴾ وأما الذى ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأنواع (منها) الفسخ وهو نوعان صريح ودلالة فالصريح أن يكون بلفظ الفسخ والاقالة لان المزارعة مشتملة على الاجارة والشركة وكل واحد منهما قابل لصريح الفسخ والاقالة وأما الدلالة فنوعان الاول امتناع صاحب البذر عن المضى فى العقد بان قال لا أريد مزارعة الارض ينفسخ العقد لما ذكرنا ان العقد غير لازم فى حقه فكان بسبيل من الامتناع عن المضى فيه من غير عذر و يكون ذلك فسخا منه دلالة والثانى حجر المولى على العبد المأذون بعد مادفع الارض والبذر مزارعة و بيان ذلك ان العبد المأذون اذا دفع الارض والبذر مزارعة فحجره المولى قبل المزارعة ينفسخ العقد حتى يملك منع المزارع عن المزارعة لان العقد لم يقع لازما من جهة العبد لانه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر ولو كان البذر من جهة المزارع لا ينفسخ العقد حتى لا يملك المولى ولا العبد منع المزارع عن المزارعة لان العقد لازم من قبل صاحب البذر ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه بالحجر أيضا هذا اذا دفع الارض مزارعة فاما اذا أخذها مزارعة فان كان البذر من قبله انفسخ العقد لانه اذا حجر عليه فقد عجز عن العمل وانه يوجب انفساخ العقد لفوات المعقود عليه وان كان البذر والارض من قبل صاحب البذر لا ينفسخ العقد بالحجر لانه بالحجر لم يعجز عن العمل الا أن للمولى منعه عن العمل لما فيه من اتلاف ملكه وهو البذر فله أن يفسخ مالا ينفسخ بالحجر هذا اذا حجر على العبد المأذون فاما اذا لم يحجر عليه ولكن نهاه عن الزراعة أو فسخ العقد بعد الزراعة أو نهى قبل ذلك الا أنه لم يحجر عليه فالنهى باطل وكذلك نهى الاب الصبى المأذون قبل عقد المزارعة أو بعده لا يصح لان النهى عن الزراعة والفسخ بعدها من باب تخصيص الاذن بالتجارة والاذن بالتجارة مما لا يحتمل التخصيص (ومنها) انقضاء مدة المزارعة لانها اذا انقضت فقد انتهى العقد وهو معنى الانفساخ (ومنها) موت صاحب الارض سواء مات قبل الزراعة أو بعدها وسواء أدرك الزرع أو هو بقل لان العقد أفاد الحكم له دون وارثه لانه عاقد لنفسه والاصل أن من عقد لنفسه بطريق الاصالة فحكم تصرفه يقع له لا لغيره الا لضرورة (ومنها) موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حد الحصاد أو لم يبلغ لما ذكرنا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة فنقول و بالله التوفيق لا يخلو من وجهين اما ان انفسخت قبل الزراعة أو بعدها فان انفسخت قبل الزراعة لا شئ للعامل وان كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسنيات بأى طريق انفسخ سواء انفسخ بصريح الفسخ أو بدليله أو بانقضاء المدة أو بموت أحد المتعاقدين لان الفسخ يظهر أثره فى المستقبل بانتهاء حكمه لا فى الماضى فلا يتبين أن العقد لم يكن صحيحا والواجب فى العقد الصحيح المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد فلا شئ وقيل هذا جواب الحكم فأما فيما بينه و بين الله تعالى عليه أن يرضى العامل فيما اذا امتنع عن المضى فى العقد قبل الزراعة ولا يحل له الامتناع شرعا فانه يشبه التغرير وانه حرام وان انفسخت بعد الزراعة فان كان الزرع قد أدرك و بلغ الحصاد فالحصاد والخارج بينهما على الشرط وان كان لم يدرك فكذا الجواب فى صريح الفسخ ودليله وانقضاء المدة لان الزرع بينهما على الشرط والعمل فيما بقى الى وقت الحصاد عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض (أما) الزرع بينهما على الشرط فلما مر ان انفساخ العقد يظهر أثره فى المستقبل لا فى الماضى فبقى الزرع بينهما على ما كان قبل الانفساخ (وأما) العمل فيما بقى الى وقت الحصاد

عليهما الا انه عمل فى مال مشترك لم يشترط العمل فيه على أحدهما فيكون عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض لان العقد قد انفسخ وفى القلع ضرر بالمزارع وفى الترك بغير أجر ضرر بصاحب الارض فكان الترك بأجر المثل نظرا من الجانبين بخلاف ما اذا مات صاحب الارض والزرع بقل ان العمل يكون على المزارع خاصة لان هناك انفسخ العقد حقيقة لوجود سبب الفسخ وهو الموت الا انا بقيناه تقديرا دفعا للضرر عن المزارع لانه لو انفسخ لثبت لصاحب الارض حق القلع وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذرا فى بقاء العقد تقديرا فاذا بقى العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت وهذا لا يتضح فان انفق أحدهما من غير اذن صاحبه ومن غير أمر القاضى فهو متطوع ولو أراد صاحب الارض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه ضررا بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلا فصاحب الارض بين خيارات ثلاث ان شاء قلع الزرع فيكون بينهما وان شاء أعطى المزارع قيمة نصيبه من الزرع وان شاء أنفق هو على الزرع من ماله ثم يرجع على المزارع بحصته لان فيه رعاية الجانبين (وأما) فى موت أحد المتعاقدين أما اذا مات رب الارض بعد ما دفع الارض مزارعة ثلاث سنين ونبت الزرع وصار بقلا تترك الارض فى يدى المزارع الى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لان فى الترك الى وقت الحصاد نظرا من الجانبين وفى القلع اضرارا بأحدهما وهو المزارع ويكون العمل على المزارع خاصة لبقاء العقد تقديرا فى هذه السنة فى هذا الزرع وان مات المزارع والزرع بقل فقال ورثته نحن نعمل على شرط المزارعة وأبى ذلك صاحب الارض فالامر الى ورثة المزارع لان فى القلع ضررا بالورثة ولا ضرر بصاحب الارض فى الترك الى وقت الادراك واذا ترك لا أجر للورثة فيما يعملون لانهم يعملون على حكم عقد أبيهم تقديرا فكأنه يعمل أبوهم وان أراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل لان العقد ينفسخ حقيقة الا انا بقيناه باختيارهم نظرا لهم فان امتنعوا عن العمل بقى الزرع مشتركا فاما أن يقسم بينهم بالحصص أو يعطيهم صاحب الارض قدر حصتهم من الزرع البقل أو ينفق من مال نفسه الى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصتهم لان فيه رعاية الجانبين والله تعالى أعلم

﴿ كتاب المعاملة ﴾

وقد يسمى كتاب المساقاة والكلام فى هذا الكتاب فى المواضع التى ذكرناها فى المزارعة أما معنى المعاملة لغة فهو مفاعلة من العمل وفى عرف الشرع عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج مع سائر شرائط الجواز وأما شرعيتها فقد اختلف العلماء فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعى رحمه الله مشروعة واحتجوا بحديث خيبر انه عليه الصلاة والسلام دفع نخيلهم معاملة ولابى حنيفة رحمه الله أن هذا استئجار ببعض الخارج وانه منهى عنه على ماذكرنا فى كتاب المزارعة وقدمر الجواب عن الاستدلال بحديث خيبر فلا نعيده (وأما) ركنها فهو الايجاب والقبول على نحو ماذكرنا فيما تقدم من غير تفاوت وأما الشرائط المصححة لها على قول من يجيزها فما ذكرنا فى كتاب المزارعة (منها) أن يكون العاقدان عاقلين فلا يجوز عقد من لا يعقل فأما البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية على نحو مامر فى كتاب المزارعة (ومنها) أن لا يكونا مرتدين فى قول أبى حنيفة على قياس قول من أجاز المعاملة حتى لو كان أحدهما مرتدا وقفت المعاملة ثم ان كان المرتد هو الدافع فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات أو لحق فالخارج كله للدافع لانه نماء ملكه وللآخر أجر المثل اذا عمل وعندهما الخارج بين العامل المسلم وبين ورثة الدافع على الشرط فى الحالين كما اذا كانا مسلمين وان كان المرتد هو العامل فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات على الردة أو لحق فالخارج بين الدافع المسلم وبين ورثة العامل المرتد على الشرط بالاجماع لما مر فى المزارعة هذا اذا كانت المعاملة بين مسلم ومرتد فأما اذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط لما مر فى كتاب المزارعة ويجوز معاملة المرتدة دفعا واحدا

بالاجماع (ومنها) أن يكون المدفوع من الشجر الذى فيه ثمرة معاملة فيما يزيد ثمره بالعمل فان كان المدفوع نخلا فيه طلع أو بسر قد احمر أو اخضر الا أنه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وان كان قد تناهى عظمه الا أنه لم يرطب فالمعاملة فاسدة لانه اذا تناهى عظمه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة فلم يوجد العمل المشروط عليه فلا يستحق الخارج بل يكون كله لصاحب النخل (ومنها) أن يكون الخارج لهما فلو شرطا أن يكون لاحدهما فسدت لما علم (ومنها) أن تكون حصة كل واحد منهما من بعض الخارج مشاعا معلوم القدر لما علم (ومنها) أن يكون محل العمل وهو الشجر معلوما وبيان هذه الجملة فى كتاب المزارعة (ومنها) التسليم الى العامل وهو التخلية حتى لو شرطا العمل عليهما فسدت لانعدام التخلية فأما بيان المدة فليس بشرط لجواز المعاملة استحسانا ويقع على أول ثمرة تخرج فى أول السنة بخلاف المزارعة والقياس أن يكون شرطا لان ترك البيان يؤدى الى الجهالة كما فى المزارعة الا انه ترك القياس لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ولم يوجد ذلك فى المزارعة حتى انه لو وجد التعامل به فى موضع يجوز من غير بيان المدة وبه كان يفتى محمد بن سلمة على ما مر فى المزارعة ولو دفع أرضا ليزرع فيها الرطاب أو دفع أرضا فيها أصول رطبة نابتة ولم يسم المدة فان كان شيأ ليس لابتداء نباته ولا لانتهاء جذه وقت معلوم فالمعاملة فاسدة وان كان وقت جذه معلوما يجوز ويقع على الجذة الاولى كما فى الشجرة المثمرة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المفسدة للمعاملة فأنواع دخل بعضها فى الشرائط المصححة للعقد لان ما كان وجوده شرطا للصحة كان انعدامه شرطا للافساد (منها) شرط كون الخارج كله لاحدهما (ومنها) شرط أن يكون لاحدهما قفزان مسماة (ومنها) شرط العمل على صاحب الارض (ومنها) شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل لما ذكرنا فى كتاب المزارعة (ومنها) شرط الجذاذ والقطاف على العامل بلا خلاف لانه ليس من المعاملة فى شئ ولانعدام التعامل به أيضا فكان من باب مؤنة الملك والملك مشترك بينهما فكانت مؤنته عليهما على قدر ملكهما (ومنها) شرط عمل تبقى منفعته بعد انقضاء مدة المعاملة نحو السرقية ونصب العرايش وغرس الاشجار وتقليب الارض وما أشبه ذلك لانه لا يقتضيه العقد ولا هو من ضرورات المعقود عليه ومقاصده (ومنها) شركة العامل فيما يعمل فيه لان العامل أجير رب الارض واستئجار الانسان للعمل فى شئ هو فيه شريك المستأجر لا يجوز حتى ان النخل لو كان بين رجلين فدفعه أحدهما الى صاحبه معاملة مدة معلومة على أن الخارج بينهما أثلاث ثلثاه للشريك العامل وثلثه للشريك الساكت فالمعاملة فاسدة والخارج بينهما على قدر الملك ولا أجر للعامل على شريكه لما مر أن فى المعاملة معنى الاجارة ولا يجوز الاستئجار لعمل فيه الاجير شريك المستأجر واذا عمل لا يستحق الاجر على شريكه لما عرف فى الاجارات ولا يشبه هذا المزارعة لان الارض اذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما الى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج انه تجوز المزارعة لان هناك لم يتحقق الاستئجار للعمل فى شىء الاجير فيه شريك المستأجر لانعدام الشركة فى البذر وهنا تحقق لثبوت الشركة فى النخل فهو الفرق ولا يتصدق واحد منهما بشىء من الخارج لانه خالص ماله لكونه نماء ملكه ولو شرطا أن يكون الخارج لهما على قدر ملكيهما جازت المعاملة لان استحقاق كل واحد منهما أعنى من الشريكين لكونه نماء ملكه لا بالعمل بل العامل منهما معين لصاحبه فى العمل من غير عوض فلم يتحقق الاستئجار ولو أمر الشريك الساكت الشريك العامل أن يشترى ما يلقح به النخل فاشتراه رجع عليه بنصف ثمنه لانه اشترى مالا متقوما على الشركة بامره فيرجع عليه وسواء كان العامل فى عقد المعاملة واحدا أو أكثر حتى لو دفع رجل نخله الى رجلين معاملة بالنصف أو بالثلث جاز وسواء سوى بينهما فى الاستحقاق أو جعل لاحدهما فضلا لان كل واحد منهما أجير صاحب الارض فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط فيتقدر بقدر الشرط ولو شرط لاحد العاملين مائة درهم على رب الارض والآخر ثلث الخارج ولرب الارض الثلثان جاز لان الواجب لكل واحد منهما أجرة مشروطة فيجب على حسب ما يقتضيه الشرط ولو

شرطا لصاحب النخل الثلث ولاحد العاملين الثلثين وللآخر أجر مائة درهم على العامل الذى شرط له الثلثان فهو فاسد ولا يشبه هذا المزارعة ان من دفع الارض مزارعة على ان لرب الارض الثلث وللمزارع الثلثان على أن يعمل فلان معه بثلث الخارج ان المزارعة جائزة بين رب الارض والمزارع فاسدة فى حق الثالث لان المعاملة استئجار العامل والاجرة تجب على المستأجر دون الاجير بمقابلة العمل والعمل للمستأجر فكانت الاجرة عليه فاذا اشترطها على الاجير فقد استأجره ليعمل له على أن تكون الاجرة على غيره ولا سبيل اليه ففسد العقد وهذا هو الموجب للفساد فى حق الثالث فى باب المزارعة لانه صح فيما بين صاحب الارض والمزارع لانه جعل بمنزلة عقدين ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر وهذا مع هذا التكلف غير واضح و يتضح ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المعاملة الصحيحة عند مجيزها فأنواع (منها) ان كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج اليه الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان من السقى واصلاح النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل لانها من توابع المعقود عليه فيتناوله العقد وكلما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والارض من السرقين وتقليب الارض التى فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو ذلك فعليهما على قدر حقهما لان العقد لم يتناوله لا مقصودا ولا ضرورة وكذلك الجذاذ والقطاف لان ذلك يكون بعد انتهاء العمل فلا يكون من حكم عقد المعاملة (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط لما مر (ومنها) أنه اذا لم يخرج الشجر شيأ فلا شىء لواحد منهما بخلاف المزارعة الفاسدة لما مر من الفرق فى كتاب المزارعة (ومنها) ان هذا العقد لازم من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه الا من عذر بخلاف المزارعة فانها غير لازمة فى جانب صاحب البذر وقد مر الفرق (ومنها) ولاية جبر العامل على العمل الا من عذر على ما قدمناه (ومنها) جواز الزيادة على الشرط والحط عنه وانعدام الجواز والاصل فيه ما مر فى كتاب المزارعة ان كل موضع احتمل انشاء العقد احتمل الزيادة والا فلا والحط جائز فى الموضعين أصله بالزيادة فى الثمن والمثمن فاذا دفع نخلا بالنصف معاملة فخرج الثمر فان لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان لان الانشاء للعقد فى هذه الحالة جائز فكانت الزيادة جائزة ولو تناهى عظم البسر جازت الزيادة من العامل لرب الارض شيأ ولا تجوز الزيادة من رب الارض للعامل شيأ لان هذه زيادة فى الاجرة لان العامل أجير والمحل لا يحتمل الزيادة ألا ترى انه لا يحتمل الانشاء والاول حط من الاجرة واحتمال الانشاء ليس بشرط لصحة الحط (ومنها) ان العامل لا يملك أن يدفع الى غيره معاملة الا اذا قال له رب الارض اعمل فيه برأيك لان الدفع الى غيره اثبات الشركة فى مال غيره بغير اذنه فلا يصح واذا قال له اعمل فيه برأيك فقد أذن له فصح ولو لم يقل له اعمل برأيك فيه فدفع العامل الى رجل آخر معاملة فعمل فيه فأخرج فهو لصاحب النخل ولا أجر للعامل الاول ولان استحقاقه بالشرط وهو شرط العمل ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره أيضا لان عقده معه لم يصح فلم يكن عمله مضافا اليه وله على العامل الاول أجر مثل عمله يوم عمل لانه عمل له بأمره فاستحق أجر المثل ولو هلك الثمر فى يد العامل الاخير من غير عمله وهو فى رؤس النخل فلا ضمان على واحد منهما لانعدام الغصب من واحد منهما وهو تفويت يد المالك ولو هلك من عمله فى أمر خالف فيه أمر العامل الاول فالضمان لصاحب النخل على العامل الآخر دون الاول لان الخلاف قطع نسبة عمله اليه فبقى متلفا على المالك ماله فكان الضمان عليه ولو هلك فى يده من عمله فى أمر لم يخالف فيه أمر العامل الاول فلصاحب النخل أن يضمن أيهما شاء لانه اذا لم يوجد منه بخلاف بقى عمله مضافا اليه كانه عمل لنفسه فكان له أن يضمنه وله أن يضمن الثانى لانه فى معنى غاصب الغاصب فان اختار تضمين الاول لم يرجع على الآخر بشىء لانه عمل بأمر الاول فلو رجع عليه لرجع هو عليه أيضا فلا يفيد وان اختار تضمين الآخر يرجع على الاول لانه غره فى هذا العقد فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان السلامة هذا اذا لم يقل له اعمل فيه برأيك فاما اذا قال وشرط النصف فدفعه الى رجل آخر بثلث

الخارج فهو جائز لما ذكرنا وما خرج من الثمر فنصفه لرب النخل والسدس للعامل الاول لان شرط الثلث يرجع الى نصيبه خاصة لان العمل واجب عليه فبقى له السدس ضرورة وذكر محمد رحمه الله فى الاصل انه اذا لم يقل اعمل فيه برأيك وشرط له شيئاً معلوما وشرط الاول للثانى مثل ذلك فهما فاسدان ولا ضمان على العامل الاول

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المعاملة الفاسدة فانواع ذكرناها فى المزارعة منها أنه لا يجبر العامل على العمل لان الجبر على العمل بحكم العقد ولم يصح ومنها أن الخارج كله لصاحب الارض لان استحقاق الخارج لكونه نماء ملكه واستحقاق العامل بالشرط ولم يصح فيكون لصاحب الملك ولا يتصدق بشئ منه لانه حصل عن خالص ملكه ومنها ان أجر المثل لا يجب فى المعاملة الفاسدة مالم يوجد العمل لما ذكرنا فى المزارعة ومنها أن وجوب أجر المثل فيها لا يقف على الخارج بل يجب وان لم يخرج الشجر شيأ بخلاف المعاملة الصحيحة وقد ذكرنا الفرق فى كتاب المزارعة ومنها أن أجر المثل فيها يجب مقدرا بالمسمى لا يتجاوز عنه عند أبى يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا الاختلاف فيما اذا كانت حصة كل واحد منهما مسماة فى العقد فان لم تكن مسماة فى العقد يجب أجر المثل تاما بلا خلاف وقد مرت المسئلة فى كتاب المزارعة

﴿ فصل ﴾ وأما المعانى التى هى عذر فى فسخها فما ذكرنا فى كتاب المزارعة ومن الاعذار التى فى جانب العامل ان يكون سارقا معروفا بالسرقة فيخاف الثمر والسعف

﴿ فصل ﴾ وأما الذى ينفسخ به عقد المعاملة فانواع منها صريح الفسخ ومنها الاقالة ومنها انقضاء المدة ومنها موت المتعاقدين وقد مر فى كتاب المزارعة

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المعاملة المنفسخة فعلى نحو حكم المزارعة المنفسخة والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الشرب ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان معنى الشرب لغة وشرعا وفى بيان أنواع المياه وفى بيان حكم كل نوع منها أما الاول فالشرب فى اللغة عبارة عن الحظ والنصيب من الماء قال الله تعالى عز شأنه قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وفى الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالايام لان الله سبحانه وتعالى عز اسمه أخبر عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام قبل ذلك ولم يعقبه بالفسخ فصارت شريعة لنا مبتدأة وبها استدل محمد رحمه الله فى كتاب الشرب لجواز قسمة الشرب بالايام وفى عرف الشرع عبارة عن حق الشرب والسقى وأما بيان أنواع المياه فنقول المياه أربعة أنواع الاول الماء الذى يكون فى الاوانى والظروف والثانى الماء الذى يكون فى الآبار والحياض والعيون والثالث ماء الانهار الصغار التى تكون لاقوام مخصوصين والرابع ماء الانهار العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات ونحوها أما بيان حكم كل نوع منها على القسمة أما الاول فهو مملوك لصاحبه لا حق لاحد فيه لان الماء وان كان مباحا فى الاصل لكن المباح يملك بالاستيلاء اذا لم يكن مملوكا لغيره كما اذا استولى على الحطب والحشيش والصيد فيجوز بيعه كما يجوز بيع هذه الاشياء وكذا السقاؤون يبيعون المياه المحرزة فى الظروف به جرت العادة فى الامصار وفى سائر الاعصار من غير نكير فلم يحل لاحد أن يأخذ منه فيشرب من غير اذنه ولو خاف الهلاك على نفسه من العطش فسأله فمنعه فان لم يكن عنده فضل فليس له أن يقاتله أصلا لان هذا دفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره لا بقصد اهلاكه وهذا لا يجوز وان كان عنده فضل ماء عن حاجته فللممنوع أن يقاتله ليأخذ منه الفضل لكن بما دون السلاح كما اذا أصابته مخمصة وعند صاحبه فضل طعام فسأله فمنعه وهو لا يجد غيره وأما الثانى الماء الذى يكون فى الحياض والآبار والعيون فليس بمملوك لصاحبه بل هو مباح فى نفسه سواء كان فى أرض مباحة أو مملوكة لكن له حق خاص فيه لان الماء فى الاصل خلق مباحا لقول النبى عليه

الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلا والنار والشركة العامة تقتضى الاباحة الا أنه اذا جعل فى اناء وأحرزه به فقد استولى عليه وهو غير مملوك لاحد فيصير مملوكا للمستولى كما فى سائر المباحات الغير المملوكة واذا لم يوجد ذلك بقى على أصل الاباحة الثابتة بالشرع فلا يجوز بيعه لان محل البيع هو المال المملوك وليس له أن يمنع الناس من الشفة وهو الشرب بانفسهم وسقى دوابهم منه لانه مباح لهم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن منع نبع البئر وهو فضل مائها الذى يخرج منها فلهم ان يسقوا منها لشفاههم ودوابهم فاما زروعهم وأشجارهم فله ان يمنع ذلك لما فى الاطلاق من ابطال حقه أصلا الا اذا كان ذلك فى أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم عن الدخول فى أرضه اذا لم يضطروا اليه بان وجدوا غيره لان الدخول اضرار به من غير ضرورة فله ان يدفع الضرر عن نفسه وان لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يقال له اما ان تأذن بالدخول واما ان تعطى بنفسك فان لم يعطهم ومنعهم من الدخول لهم ان يقاتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما يندفع به الهلاك عنهم والاصل فيه ماروى أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا وسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا فقالوا لهم أن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع فأبوا فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضى الله عنه فقال هلا وضعتم فيهم السلاح بخلاف الماء المحرز فى الاوانى والطعام حالة المخمصة لان الماء هناك مملوك لصاحبه وكذا الطعام فلابد من مراعاة حرمة الملك لحرمة القتال بالسلاح ولا ملك هناك بل هو على الاباحة الاصلية على ما بينا فاذا منعه أحد ماله حق أخذه قاتله بالسلاح كما اذا منعه ماله المملوك وأما الثالث الماء الذى يكون فى الانهار التى تكون لاقوام مخصوصين فيتعلق به أحكام بعضها يرجع الى نفس الماء و بعضها يرجع الى الشرب و بعضها يرجع الى النهر أما الذى يرجع الى نفس الماء فهو انه غير مملوك لاحد لما ذكرنا أن الماء خلق مباح الاصل بالنص وانما يأخذ حكم الملك بالاحراز بالاوانى فلا يجوز بيعه لعدم الملك ولو قال اسقنى يوما من نهرك على ان أسقيك يوما من نهر كذا لا يجوز لان هذا مبادلة الماء بالماء فيكون بيعاً أو اجارة الشرب بالشرب وكل ذلك لا يجوز ولا تجوز اجارته لان الاجارة تمليك المنفعة لا تمليك العين عنا فعها ليست بمملوكة ولو استأجر حوضاً أو بئرا ليسقى منه ماء لا يجوز لان هذا استئجار الماء وكذا لو استأجر النهر ليصيد منه السمك لان هذا استئجار السمك وكذا لو استأجر أجمة ليحتطب لان هذا استئجار الحطب والاعيان لا تحتمل الاجارة وليس لصاحب النهر أن يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب وله أن يمنع من سقى الزرع والاشجار لان له فيه حقاً خاصا وفى اطلاق السقى ابطال حقه لان كل احد يتبادر اليه فيسقى منه زرعه وأشجاره فيبطل حقه أصلا ولو أذن بالسقى والنهر خاص له جاز لانه أبطل حق نفسه وأما الذى يرجع الى الشرب فهو أنه لا يجوز بيعه منفردا بأن باع شرب يوم أو أكثر لانه عبارة عن حق الشرب والسقى والحقوق لا تحتمل الافراد بالبيع والشراء ولو اشترى به داراً وعبداً وقبضهما لزمه رد الدار والعبد لانه مقبوض بحكم عقد فاسد فكان واجب الرد كما فى سائر البياعات الفاسدة ولا شئ على البائع بما انتفع به من الشرب ولو باع الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض ويجوز ان يجعل الشئ تبعاً لغيره وان كان لا يجعله مقصوداً بنفسه كاطراف الحيوان ولا يدخل الشرب فى بيع الارض الا بالتسمية صريحا أو بذكر مايدل عليه بان يقول بعتها بحقوقها أو بمرافقها أو كل قليل وكثير هو لها داخل فيها وخارج عنها من حقوقها فان لم يذكر شيأ من ذلك لا يدخل لان اسم الارض بصيغته وحروفه لا يدل على الشرب ولا تجوز اجارته مفرداً لان الحقوق لا تحتمل الاجارة على الانفراد كما لا تحتمل البيع وكذا لو جعله أجرة فى اجارة الدار والعبد ونحو ذلك لا يجوز لان الاجرة فى باب الاجارة كالثمن فى باب البيع وانه لا يصلح ثمنا فى البياعات فلا يصلح أجرة فى الاجارات ولو انتفع بالدار والعبد لزمه أجر مثله لانه استوفى منفعة المعقود عليه عقداً فاسداً فيلزمه أجرة المثل كما فى سائر الاجارات الفاسدة ولو استأجر الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض كما فى البيع على ماذكرنا ولو استأجر أرضاً ولم يذكر الشرب والمسيل أصلا فالقياس أن لا يكون الشرب والمسيل كما فى البيع وفى الاستحسان كانا له و يدخلان تحت

اجارة الارض من غير تسمية نصا لوجودها دلالة لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالارض بدون الشرب فيصير الشرب مذكورا بذكر الارض دلالة بخلاف البيع لان البيع تمليك العين والعين تحتمل الملك بدونه ولا تجوز هبته والتصدق به لان كل واحد منهما تمليك والحقوق المفردة لا تحتمل التمليك ولا يجوز الصلح عليه بان صالح من دعوى على شرب سواء كان دعوى المال أو الحق من القصاص في النفس ومادونه لان الصلح في معنى البيع الا أنه يسقط القصاص ويكون الصلح كانه على العفو لما ذكرنا في كتاب الصلح ولان صورة الصلح أورثت شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهات وتجب على القاتل والجارح الدية وارش الجناية ولا تصح تسميته في باب النكاح بان تزوج امرأة عليه وعلى الزوج مهر المثل لان النكاح تصرف تمليك وأنه لا يحتمل التمليك واذا لم تصح التسمية يجب العوض الاصلي وهو مهر المثل ولا تصح تسميته في الخلع بان اختلعت المرأة من نفسها عليه وعليها رد المأخوذ من المهر لان تسميته في معرض التمليك ان لم يصح فهو مال لكونه مرغوبا فيه فمن حيث انه لم يحتمل التمليك لم يصلح بدل الخلع ومن حيث هو مال مرغوب فيه في نفسه لم يبطل ذلك أصلا فيظهر في وجوب رد المأخوذ وهذا أصل في باب الخلع محفوظ أنه شيء تعذر تسليم البدل المذكور وهو مال مرغوب في نفسه يجب عليها رد المأخوذ من المهر ويورث لان الارث لا يقف على الملك لا محالة بل يثبت في حق المال كما يثبت في الملك كخيار العيب ونحو ذلك ويوصى به حتى لو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية وتعتبر من الثلث لان الوصية وان كان تمليكا لكنها تمليك بعد الموت ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال وانما يملك بعد الموت فاشبه الميراث فاذا احتمل الارث احتمل الوصية التي هي أخت الميراث واذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا تصير ميراثا لورثة الموصى له لان الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي وشبه الخدمة ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثا فكذلك الوصية بالشرب ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح لانه لما لم يحتمل التمليك بالتصدق استوى فيه الحال والاضافة الى ما بعد الموت بالوصية ويسقى كل واحد من الشركاء على قدر شربه ولو اختلفا في قدر الشرب ولا بينة لاحدهم تحكم الاراضي فيكون الشرب بينهم على قدر أراضيهم ولا يعتبر عدد الرؤس بخلاف الجماعة اذا اختلفوا في طريق مشترك بينهم أنه لا تحكم فيه بقعة الدار بل يعتبر فيه عدد الرؤس وانما كان كذلك لاختلاف المقصود اذ المقصود من الشرب السقي والسقي يختلف باختلاف الاراضي والمقصود من الطريق هو المرور وأنه لا يختلف باختلاف الدور ولو كان الاعلى منهم لا يشرب مالم يسكر النهر عن الاسفل بان كانت أرضه ربوة لم يكن له ذلك ولكن يشرب بحصته لان في سكر النهر حتى يشرب الاعلى منع الاسفل من الشرب وهذا لا يجوز الا اذا تراضيا على أن يسكر كل في نوبته فيجوز ولو أراد أحد الشركاء أن ينصب على النهر المشترك رحى أو دالية أو سانية نظر فيه فان كان لا يضر بالشرب والنهر وكان موضع البناء أرض صاحبه والا فلا لان رقبة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة وحق الكل متعلق بالماء ولا سبيل الى التصرف في الملك المشترك والحق المشترك الا برضا الشركاء وأما الذي يرجع الى النهر فالاصل فيه أن النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقين سواء أضر بهم التصرف أولا لان رقبة النهر مملوكة لهم وحرمة التصرف في المملوك لا تقف على الاضرار بالمالك حتى لو أراد واحد من الشركاء أن يحفر نهرا صغيرا من النهر المشترك فيسوق الماء الى أرض أحياها ليس لها منه شرب ليس له ذلك الا برضاهم لان الحفر تصرف في محل مملوك على الشركة من غير رضاهم فيمنع عنه وكذلك لو كان هذا النهر يأخذ الماء من النهر العظيم فأراد واحد أن يزيد فيها كوة من غير رضا الشركاء ليس له ذلك وان كان ذلك لا يضرهم لان ذلك تصرفهم في النهر باجراء زيادة ماء فيه من غير رضاهم فيمنع عنه ولو أراد أن ينصب عليه رحى فان كان موضع البناء مملوكا له والماء يدير الرحى على سببه له ذلك وان كان موضع البناء مشتركا أو تقع الحاجة الى تعريج الماء ثم الاعادة ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير

وصول

وصول حقهم النهم بالتعريج كما اذا حفر نهرا فى أرضه وأراد أن يعرج الماء اليه ثم يعيده الى النهر وكذلك لو أراد أحدهم أن ينصب دالية أو سانية فهو على هذا التفصيل وليس لاحدهم أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم لان القنطرة تصرف فى حافتى النهر وفى هواه وكل ذلك مشترك ولو كان النهر بين شريكين له خمس كوى من النهر الاعظم ولاحد الشريكين أرض فى أعلى النهر وللآخر أرض فى أسفله فأراد صاحب الاعلى أن يسد شيأ من تلك الكوى لما يدخل من الضرر فى أرضه ليس له ذلك الا برضا شريكه لانه يتضرر به شريكه فلا يجوز له دفع الضرر عن نفسه باضرار غيره وان أراد أن يتهايآ حتى يسد فى حصته ماشاء لم يكن له ذلك الا برضا الشريك لما قلنا وان تراضيا على ذلك زمانا ثم بدا لصاحب الاسفل أن ينقض فله ذلك لان المراضاة على مالا يحتمل التمليك تكون مهايأة وانها غير لازمة ولو كان النهر بين رجلين له كوى فأضاف رجل أجنبي اليها كوة وحفر نهرا منه الى أرضه برضا منهما ومضى على ذلك زمان ثم بدا لاحدهما أن ينقض فله ذلك لان العارية لا تكون لازمة وكذلك لو مات لورثتهما أن ينقضوا ذلك لما قلنا ولو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الاعظم ولكل رجل نهر من هذا النهر فنهم من له كوتان ومنهم من له ثلاث كوى فقال صاحب الاسفل لصاحب الاعلى انكم تأخذون أكثر من نصيبكم لان دفعة الماء وكثرته فى أول النهر ولا يأتينا الا وهو قليل فأرادوا المهايأة أياما معلومة فليس لهم ذلك ويترك الماء والنهر على حاله لان ملكهم فى رقبة النهر لا فى نفس الماء ولو أراد واحد منهم أن يوسع كوة نهره لم يكن له ذلك لانه يدخل فيها الماء زائدا على حقه فلا يملك ذلك ولو حفر فى أسفل النهر جاز ولو زاد فى عرضه لا يجوز لان الكوى من حقوق النهر فيملكه بملك النهر بخلاف الزيادة فى العرض ولو كان نهر يأخذ الماء من النهر الاعظم بين قوم خافوا أن ينبثق فأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم عن ذلك فان كان ضررا عاما يجبرون على أن يحصنوه بالحصص وان لم يكن فيه ضرر عام لا يجبرون عليه لان الانتفاع متعذر عند عموم الضرر فكان الجبر على التحصيص من باب دفع الضرر عن الجماعة فجاز واذا لم يكن الضرر عاما يمكن الانتفاع بالنهر فكان الجبر بالتحصيص جبرا عليه لزيادة الانتفاع بالنهر وهذا لا يجوز ولو كان نهر لرجل ملاصق لارض رجل فاختلف صاحب الارض والنهر فى مسناة فالمسناة لصاحب الارض عند أبى حنيفة رحمه الله له أن يغرس فيها طينه ولكن ليس له أن يهدمها وعند أبى يوسف ومحمد المسناة لصاحب النهر حريما لنهره وله أن يغرس فيها ويلقى طينه ويجتاز فيها وان لم يكن ملاصقا بل كان بين النهر والارض حائل من حائط ونحوه كانت المسناة لصاحب النهر بالاجماع وبعض مشايخنا بنوا هذا الاختلاف على ان النهر هل له حريم أم لا بأن حفر رجل نهرا فى أرض موات باذن الامام عند أبى حنيفة لا حريم له وعندهما له حريم (ووجه) البناء عليه انه لما لم يكن للنهر حريم عند أبى حنيفة كان الظاهر شاهدا لصاحب الارض فكان القول قوله ولما كان له حريم عندهما كان الظاهر شاهدا لصاحب النهر فيكون القول قوله وبعضهم لم يصححوا البناء وقالوا لا خلاف ان للنهر حريما فى أرض الموات لان للبئر والعين حريما فيها بالاجماع وقد روى عليه الصلاة والسلام انه جعل لهما حريما لحاجتهما الى الحفر لتعذر الانتفاع بهما بدون الحفر لان حاجة النهر الى الحريم كحاجة البئر والعين بل أشد فكان جعل الشرع للبئر والعين حريما جعلا للنهر من طريق الاولى دل ان البناء على هذا الاصل غير صحيح فكان هذا خلافا مبتدأ (وجه) قولهما انه لما كان للنهر حريم بالاتفاق كان الظاهر شاهدا لصاحب النهر فيجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه ولهذا كان القول قول صاحب البئر والعين عند الاختلاف كذا هذا ولابى حنيفة ان المسناة اذا كانت مستوية بالارض فالظاهر انها ملك صاحب الارض اذ لو كانت حريما للنهر لكانت مرتفعة لكونها ملقى طينه فكان الظاهر شاهدا لصاحب الارض الا أنه لا يملك هدمها لتعلق حق صاحب النهر بها وفى الهدم ابطاله ويجوز أن يمنع الانسان من التصرف فى ملكه لتعلق حق الغير كحائط لانسان عليه جذوع لغيره فأراد هدم الحائط يمنع منه كذا هذا ثم كرى النهر المشترك على أصحاب النهر وليس على أصحاب الشفة فى الكرى

شئ لان هـذا من حقوق الملك ولا ملك لاهل الشفة فى رقبة النهر بل لهم حق شرب الماء والسقى للدواب فقط واختلف فى كيفية الكرى عليهم قال أبو حنيفة عليهم أن يكروا من أعلاه واذا جاوزوا أرض رجل دفع عنه وكان الكرى على من بقى وقال أبو يوسف ومحمد الكرى عليهم جميعاً من أوله الى آخره بحصص الشرب والاراضى حتى ان النهر لو كان بين عشرة أنفس أراضيهم عليه لآخر كرى فوهة النهر الى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم على كل واحد منهم العشر فاذا جاوزوا شرب الاول سقط عنه الكرى وكان على الباقين على تسعة أسهم فاذا جاوزوا شرب الثانى سقط عنه الكرى وكان على الباقين على ثمانية أسهم هكذا وهذا عند أبى حنيفة (وأما) عندهما فالكرى بينهم على عشرة أسهم من أعلى النهر الى أسفله (وجه) قول أبى حنيفة ان الكرى من حقوق الملك والملك فى الاعلى مشترك بين الكل من فوهة النهر الى شرب أولهم فكانت مؤنته على الكل فأما بعده فلا ملك لصاحب الاعلى فيه انما له حق وهو حق تسييل الماء فيه فكانت مؤنته على صاحب الملك لا على صاحب الحق ولهذا كانت مؤنة الكرى على أصحاب النهر ولا شىء على أهل الشفة لان الملك لاصحاب النهر ولا هل الشفة حق الشرب وسقى دوابهم وكذا كل من كان له ميل على سطح مملوك لغيره فكانت غرامته على صاحب السطح لا عليه لما قلنا (وأما) الانهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لاحد فيها ولا فى رقبة النهر وكذا ليس لاحد حق خاص فيها ولا فى الشرب بل هو حق لعامة المسلمين فلكل أحد أن ينتفع بهذه الانهار بالشفة والسقى وشق النهر منها الى أرضه بأن احيا أرضا ميتة باذن الامام له أن يشق اليها نهرا من هذه الانهار وليس للامام ولا لاحد منعه اذا لم يضر بالنهر وكذا له أن ينصب عليه رحى ودالية وسانية اذا لم يضر بالنهر لان هذه الانهار لم تدخل تحت يد أحد فلا يثبت الاختصاص بها لاحد فكان الناس فيها كلهم على السواء فكان كل واحد بسبيل من الانتفاع لكن بشريطة عدم الضرر بالنهر كالانتفاع بطريق العامة وان أضر بالنهر فلكل واحد من المسلمين منعه لما بينا انه حق لعامة المسلمين واباحة التصرف فى حقهم مشروطة بانتفاء الضرر كالتصرف فى الطريق الاعظم وسئل أبو يوسف عن نهر مرو وهو نهر عظيم أحيا رجل أرضا كانت مواتا فحفر لها نهرا فوق مرو من موضع ليس يملكه أحد فساق الماء اليها من ذلك النهر فقال أبو يوسف ان كان يدخل على أهل مرو ضرر فى مائهم ليس له ذلك وان كان لا يضرهم فله ذلك وليس لهم أن يمنعوه لما قلنا وسئل أيضا اذا كان لرجل من هذا النهر كوى معروفة هل له أن يزيد فيها فقال ان زاد فى ملكه وذلك لا يضر بأهل النهر فله ذلك ولو كان نهر خاص لقوم يأخذ الماء من هذا النهر فأراد واحد منهم أن يزيد كوة لم يكن له ذلك وان كان لا يضر بالنهر (ووجه) الفرق أن الزيادة فى الفصل الاول تصرف فى حق مشترك بين العامة وحرمة التصرف فى حقوق العامة لا تثبت الا بشريطة الضرر والزيادة فى الفصل الثانى تصرف فى ملك مشترك بأخذ زيادة الماء فى النهر والتصرف فى الملك المشترك لا تقف حرمته على الضرر بالمالك هو الفرق ولو جزر ماء هذه الانهار عن أرض فليس لمن يليها أن يضمها الى أرض نفسه لانه يحتمل أن يعود ماؤها الى مكانه ولا يجد اليه سبيلا فيحمل على جانب آخر فيضر حتى لو أمن العود أو كان بازائها من الجانب الآخر أرض موات لا يستضر أحد بحمل الماء عليه فله ذلك و يملكه اذا أحياه باذن الامام أو بغير اذنه على الاختلاف المعروف ولو احتاجت هذه الانهار الى الكرى فعلى السلطان كراها من بيت المال لان منفعتها لعامة المسلمين فكانت مؤنتها من بيت المال لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وكذا لو خيف منها الغرق فعلى السلطان اصلاح مسناتها من بيت المال لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الاراضى ﴾

الكلام فى موضعين فى بيان أنواع الاراضى وفى بيان حكم كل نوع منها (أما) الاول فالاراضى فى الاصل نوعان أرض مملوكة وأرض مباحة غير مملوكة والمملوكة نوعان عامرة وخراب والمباحة نوعان أيضا نوع هو من

مرافق البلدة محتطبالهم ومرعى لمواشيهم ونوع ليس من مرافقها وهو المسمى بالموات (أما) بيان حكم كل نوع منها (أما) الاراضى المملوكة العامرة فليس لاحد أن يتصرف فيها من غير اذن صاحبها لان عصمة الملك تمنع من ذلك وكذلك الارض الخراب الذى انقطع ماؤها ومضى على ذلك سنون لان الملك فيها قائم وان طال الزمان حتى يجوز بيعها وهبتها واجارتها وتصييرها ميراثا اذا مات صاحبها الا أنها اذا كانت خرابا فلا خراج عليها اذ ليس على الخراب خراج الا اذا عطلها صاحبها مع التمكن من الاستنماء فعليه الخراج وهذا اذا عرف صاحبها فان لم يعرف فحكمها حكم اللقطة يعرف فى كتابه ان شاء الله تعالى وأما الكلأ الذى ينبت فى أرض مملوكة فهو مباح غير مملوك الا اذا قطعه صاحب الارض واخرج فيملكه هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا رضى الله عنهم وقال بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أنه اذا سقاه وقام عليه ملكه والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الاصل فيه هو الاباحة لقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلا والنار والكلأ اسم لحشيش ينبت من غير صنع العبد والشركة العامة هى الاباحة الا اذا قطعه واحرزه لانه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء المحرز فى الاوانى والظروف وسائر المباحات التى هى غير مملوكة لاحد والنار اسم لجوهر مضىء دائم الحركة علوا فليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاصطلاء بها لان النبى عليه الصلاة والسلام أثبت الشركة فيها فأما الجمر فليس بنار وهو مملوك لصاحبه فله حق المنع كسائر أملاكه ولو أراد أحد أن يدخل ملكه لاحتشاش الكلا فاذا كان يجده فى موضع آخر له أن يمنعه من الدخول وان كان لا يجده فيقال لصاحب الارض اما أن تأذن له بالدخول واما أن تحش بنفسك فتدفعه اليه كالماء الذى فى الآبار والعيون والحياض التى فى الاراضى المملوكة على ما ذكرنا فى كتاب الشرب ولو دخل انسان أرضه بغير اذنه واحتش ليس لصاحبه أن يسترده لانه مباح سبقت يده اليه وكذا لا يجوز بيعه لان محل البيع مال مملوك وان لم يثبت على ملك أحد ولا تجوز اجارته لان الاعيان لا تحتمل الاجارة على ما ذكرنا فى كتاب الشرب والجواب فى الكلا فى البيع والاجارة والهبة والنكاح والخلع والصلح والوصية كالجواب فى الشرب لان كل واحد منها غير مملوك وقد ذكرنا ذلك كله فى الشرب وكذلك المروج المملوكة فى حكم الكلا على هذا وكذلك الآجام المملوكة فى حكم السمك لان السمك أيضا مباح الاصل لقوله تعالى عز شأنه أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث فلا يصير مملوكا الا بالاخذ والاستيلاء لما بينا ولو حظر السمك فى حظيرة فان كان مما يمكن أخذه بغير صيد يملكه بنفس الحظر لوجود الاستيلاء واثبات اليد عليه ولهذا لو باعه جاز وان كان لا يمكن أخذه الا بصيد لا يملكه صاحب الحظيرة لانه ما استولى عليه ولا يملك المباح الا بالاستيلاء ولهذا لو باعه لا يجوز بيعه وعلى هذا سائر المباحات كالطير اذا باضت أو فرخت فى أرض انسان انه يكون مباحا و يكون للا خذ لا لصاحب الارض سواء كان صاحب الارض اتخذله وكرا أم لا وقال المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله انه ان كان اتخذ له ملكا له يسترده من الآخذ وهذا غير سديد لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أخذه ولان الملك فى المباح انما يثبت بالاستيلاء عليه والآخذ هو المستولى دون صاحب الارض وان اتخذ له وكرا وكذلك صيد التجأ الى ارض رجل أو دره فهو للآخذ لما قلنا ولو ردصاحب الدار باب الدار عليه بعد الدخول يملكه ان أمكنه أخذه بغير صيد لوجود الاستيلاء منه وكذلك لو نصب شبكة فتعقل بها صيد تعقلا لا خلاص له فهو لناصب الشبكة سواء كانت الشبكة له أو لغيره كمن أرسل بازى انسان بغير اذنه فاخذ صيدا أو أغرى كلبا لانسان على صيد فاخذه فكان للمرسل والمغرى لا لصاحبه ولو نصب فسطاطا فجاء صيد فتعقل به فهو للآخذ (ووجه) الفرق ان نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد ومباشر السبب الموضوع للشئ اكتساب له (فاما) نصب الفسطاط فما وضع لذلك بل لغرض آخر فتوقف الملك فيه على الاستيلاء

والاخذ حقيقة ولو حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان حفرها للاجتماع الماء فيها فهو للآخذ لانه بمنزلة الاصطياد وان كان حفرها للاصطياد بها فهو له بمنزلة الشبكة (واما) الآجام المملوكة فى حكم القصب والحطب فليس لاحد أن يحتطب من أجمة رجل الا باذنه لان الحطب والقصب مملوكان لصاحب الاجمة ينبتان على ملكه وان لم يوجد منه الانبات أصلا بخلاف الكلا فى المروج المملوكة لان منفعة الاجمة هى القصب والحطب فكان ذلك مقصودا من ملك الاجمة فيملك بملكها (فاما) الكلأ فغير مقصود من المرج المملوك بل المقصود هو الزراعة ولو أن بقارا رعى بقرا فى أجمة مملوكة لانسان فليس له ذلك وهو ضامن لما رعى وأفسد من القصب لما ذكرنا أن منفعة الاجمة القصب والحطب وهما مملوكان لصاحب الاجمة واتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان بخلاف الكلا فى المروج لانه يثبت على الاباحة دون الملك على ما بينا والدليل على التفرقة بينهما أنه يجوز له دفع القصب معاملة ولا يجوز دفع الكلا معاملة والاصل المحفوظ فيه أن القصب والحطب يملكان بملك الارض والكلأ لا (وأما) ما لا ينبت عادة الا بصنع العبد كالقتة والقصيل وما بقى من حصاد الزرع ونحو ذلك فى أرض مملوكة يكون مملوكا ولصاحب الارض أن يمنع غيره و يجوز بيعه ونحو ذلك لان الانبات يعد اكتسابا له فيملكه ولان الاصل أن يكون من المملوك مملوكا الا ان الاباحة فى بعض الاشياء تثبت على مخالفة الاصل بالشرع والشرع ورد بها فى أشياء مخصوصة فيقتصر عليها (وأما) أرض الموات فالكلام فيها فى مواضع فى تفسير الارض الموات وفى بيان ما يملك الامام من التصرف فى الموات وفى بيان ما يثبت به الملك فى الموات وما يثبت به الحق فيه دون الملك وفى بيان حكمه اذا ملك (أما) الاول فالارض الموات هى أرض خارج البلد لم تكن ملكا لاحد ولا حقا له خاصا فلا يكون داخل البلد موات أصلا وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها محتطبا بها لاهلها أو مرعى لهم لا يكون مواتا حتى لا يملك الامام اقطاعها لان ما كان من مرافق أهل البلدة فهو حق أهل البلدة كفناء دارهم وفى الاقطاع ابطال حقهم وكذلك أرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لا يستغنى عنها المسلمون لا تكون أرض موات حتى لا يجوز للامام أن يقطعها لاحد لانها حق لعامة المسلمين وفى الاقطاع ابطال حقهم وهذا لا يجوز وهل يشترط أن يكون بعيدا من العمران شرطه الطحاوى رحمه الله فانه قال وما قرب من العامر فليس بموات وكذا روى عن أبى يوسف رحمه الله ان أرض الموات بقعة لو وقف على أدناها من العامر رجل فنادى باعلى صوته لم يسمعه من العامر وفى ظاهر الرواية ليس بشرط حتى ان بحرا من البلدة جزر ماؤه أو أجمة عظيمة لم تكن ملكا لاحد تكون أرض موات فى ظاهر الرواية وعلى قياس رواية أبى يوسف وقول الطحاوى لا تكون والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الموات اسم لما لا ينتفع به فاذا لم يكن ملكا لاحد ولا حقا خاصا لم يكن منتفعا به كان بعيدا عن البلدة أو قريبا منها (وأما) بيان ما يملك الامام من التصرف فى الموات فالامام يملك اقطاع الموات من مصالح المسلمين لما يرجع ذلك الى عمارة البلاد التصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين للامام ككرى الانهار العظام واصلاح قناطرها ونحوه ولو أقطع الامام الموات انسانا فتركه ولم يعمره لا يتعرض له الى ثلاث سنين فاذا مضى ثلاث سنين فقد [illegible] مواتا كما كان وله أن يقطعه غيره لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق ولان الثلاث سنين مدة لابلاء الاعذار فاذا أمسكها ثلاث سنين ولم يعمرها دل على أنه لا يريد عمارتها بل تعطيلها فبطل حقه وتعود الى حالها مواتا وكان للامام أن يعطيها غيره (وأما) بيان ما يثبت به الملك فى الموات وما لا يثبت و يثبت به الحق فالملك فى الموات يثبت بالاحياء باذن الامام عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى يثبت بنفس الاحياء واذن الامام ليس بشرط (وجه) قولهما قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم فيه حق أثبت الملك للمحيى من غير شريطة اذن الامام ولانه مباح استولى عليه فيملكه بدون اذن الامام كما لو أخذ صيدا أو حش كلأ وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم فيه

حق روى منوناومضافا فالمنون هوأن تنبت عروق أشجار انسان فى أرض غيره بغير اذنه فلصاحب الارض قلعها حشيشاً ولابى حنيفة عليه الرحمة ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للمرء الاماطابت به نفس امامه فاذا لم يأذن فلم تطلب نفسه به فلايكون له ولان الموات غنيمة فلابد للاختصاص به من اذن الامام كسائر الغنائم والدليل عليه أن غنيمة اسم لما أصيب من أهل الحرب بايجاف الخليل والركاب والموات كذلك لان الارض كلها كانت تحت أيدى أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهراً فكانت كلها غنائم فلا يختص بعض المسلمين بشئ منها من غير اذن الامام كسائر الغنائم بخلاف الصيد والحطب والحشيش لانها لم تكن فى يد أهل الحرب فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء واثبات اليد عليها (وأما) الحديث فيحتمل أنه يصير به شرعا و يحتمل أنه اذن جماعة باحياء الموات بذلك النظم ونحن نقول بموجبه فلايكون حجة مع الاحتمال نظير قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه حتى لم يصح الاحتجاج به فى ايجاب السلب للقاتل على ماذكر فى كتاب السير أو يحمل ذلك على حال الاذن توفيقاً بين الدلائل ويملك الذمى بالاحياء كما يملك المسلم لعموم الحديث ولو حجر الارض الموات لا يملكها بالاجماع لان الموات يملك بالاحياء لانه عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها يريد أن يحجر غيره عن الاستيلاء عليها وشئ من ذلك ليس باحياء فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره حتى لم يكن لغيره أن يزعجه لانه سبقت يده اليه والسبق من أسباب الترجيح فى الجملة قال النبى عليه الصلاة والسلام منى مباح من سبق وعلى هذا المسافر اذا نزل بارض مباحة أو رباط صار أحق بها ولم يكن لمن يجيء بعده أن يزعجه عنها واذا صار أحق بها فلا يقطعها الامام غيره الا اذا عطلها المتحجر ثلاث سنين ولم يعمرها (وأما) بيان حكم أرض الموات اذا ملكت فيختص بها حكمان أحدهما حكم الحريم والثانى الوظيفة من العشر والخراج أما الاول فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى أصل الحريم والثانى فى قدره (أما) أصله فلا خلاف فى أن من حفر بئرا فى أرض الموات يكون لها حريم حتى لو أراد أحد أن يحفر فى حريمها له أن يمنعه لان النبى عليه الصلاة والسلام جعل للبئر حريما وكذلك العين لها حريم بالاجماع لانه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حريما (وأما) النهر فقد ذكرنا الكلام فيه (وأما) تقديره فحريم العين خمسمائة ذراع بالاجماع و به نطقت السنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام للعين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا بالاجماع نطقت به السنة قال النبى عليه الصلاة والسلام وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وأما حريم بئر الناضح فقد اختلف فيه عند أبى حنيفة رحمه الله أربعون ذراعا وعندهما ستون ذراعا احتجا بما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال وحريم بئر الناضح ستون ذراعا (وجه) قول أبى حنيفة ان الملك فى الموات يثبت بالاحياء باذن الامام أو بغير اذنه ولم يوجد منه احياء الحريم وكذا اذن الامام يتناول الحريم مقصودا الا أن دخول الحريم لحاجة البئر اليه وحاجة الناضح تندفع باربعين ذراعا من كل جانب كحاجة العطن فبقى الزيادة على ذلك على حكم الموات والحديث يحتمل أنه قال عليه الصلاة والسلام ذلك فى بئر خاص وللامام ولاية ذلك (وأما) حريم النهر فقد اختلف أبو يوسف ومحمد فى تقديره فعند أبى يوسف قدر نصف بطن النهر من كل جانب النصف من هذا الجانب والنصف من ذلك الجانب وعند محمد قدر جميع بطن النهر من كل جانب قدر جميعه (وأما) النهر اذا حفر فى أرض الموات فنهم من ذكر الخلاف فيه بين أبى حنيفة وصاحبيه والصحيح أن له حريما بلا خلاف لما قلنا (وأما) الثانى حكم الوظيفة فان أحياها مسلم قال أبو يوسف ان كانت من حيز أرض العشر فهى عشرية وان كانت من حيز أرض الخراج فهى خراجية وقال محمد ان أحياها بماء العشر فهى عشرية وان أحياها بماء الخراج فهى خراجية وان أحياها ذمى فهى خراجية كيف ما كان بالاجماع . وهى من مسائل كتاب العشر والخراج والله تعالى عزشأنه أعلم

﴿ كتاب المفقود ﴾

الكلام في المفقود يقع في أربعة مواضع في تفسير المفقود وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع بماله وفي بيان حكم ماله (أما) الاول فالمفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت

﴿ فصل ﴾ وأما حال المفقود فعبارة مشايخنا رحمهم الله عن حاله انه حي في حق نفسه ميت في حق غيره والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لما فيه من الاستحالة ولكن معنى هذه العبارة أنه تجرى عليه أحكام الاحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حي حقيقة وتجرى عليه أحكام الاموات فيما لم يكن له فلا يرث أحداً كأنه ميت حقيقة لان الثابت باستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لاثبات ما لم يكن وملكه في احكام أمواله ونسائه أمر قد كان واستصحبنا حال الحياة لابقائه وأما ملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتقع الحاجة الى الاثبات واستصحاب الحال لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وتحقيق العبارة عن حاله أن حاله غير معلوم يحتمل انه حي ويحتمل انه ميت وهذا يمنع التوارث والبينونة لأنه ان كان حيا يرث أقاربه ولا يرثونه ولا تبين امرأته وان كان ميتا لا يرث أقاربه ويرثونه والارث من الجانبين أمر لم يكن ثابتا بيقين فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت بالشك والاحتمال وكذلك البينونة على الاصل المعهود في الثابت بيقين لا يزول بالشك وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك فاذا مات واحد من أقاربه يوقف نصيبه الى ان يظهر حاله انه حي أم ميت لاحتمال الحياة والموت للحال حتى ان من هلك وترك ابنا مفقودا وابنتين وابن ابن وطلبت الابنتان الميراث فان القاضي يقضي لهما بالنصف ويوقف النصف الثاني الى أن يظهر حاله لانه ان كان حيا كان له النصف والنصف للابنتين ولا شيء لابن الابن وان كان ميتا كان للابنتين الثلثان والباقي لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا بيقين فيدفع ذلك اليهما ويوقف النصف الآخر الى ان يظهر حاله فان لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته يدفع الثلثان اليهما والباقي لابن الابن وكذا لو أوصى له بشيء يوقف وكذا اذا فقد المرتد ولا يدرى انه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يصنع بماله فالذي يصنع أنواع منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفظ لانه مال لا حافظ له لعجز صاحبه عن الحفظ فيحفظ عليه القاضي نظراً له كما يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لا ولي لهما ومنها انه يبيع من ماله ما يتسارع اليه الفساد ويحفظ ثمنه لأن ذلك حفظ له معنى ولا يأخذ ماله الذي في يد مودعه ومضاربه ليحفظه لان يدهما يد نيابة عنه في الحفظ فكان محفوظا بحفظه معنى فلا حاجة الى حفظ القاضي ومنها انه ينفق على زوجته من ماله ان كان عالما بالزوجية لان الانفاق عليها احياء لها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفظ بنفسه فيملكه كما يملك حفظ ماله ومنها انه ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والاناث وعلى أولاده الفقراء الزمنى من الذكور والفقيرات من الاناث سواء كن زمني أولا وعلى والديه المحتاجين ان كان عالما بالنسب لان نفقة أولاده انما تجب بحكم الجزئية والبعضية احياء لهم واحياء نفسه واجب فكذا احياء جزئه وكله فكان الانفاق عليهم من ماله احياء لهم معنى وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي وان لم يعلم القاضي بالزوجية والنسب فأحضروا رجلا في يده مال وديعة للمفقود أو مضاربة أو عليه دين له فاقر الرجل بذلك وبالزوجية والنسب أنفق عليهم من ذلك المال لأن للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها اذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة أبي سفيان خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فاذا أقر ان هذا ماله وهذه امرأته ثبت لها حق الاخذ وكذا في الاولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فاذا أقر بالنسب والمال فقد ثبت لهم حق الاخذ وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله ليس للقاضي ذلك لكونه قضاء على الغائب ونحن نقول ليس هذا من باب القضاء على الغائب بل هو من باب النظر للغائب وللقاضي ولاية النظر للغائب لما علم على ما ذكرنا في كتاب النفقات ولو أخذ القاضي منهم كفيلا كان حسنا لجواز ان يحضر المفقود فيقيم البينة على انه كان طلق امرأته أو

كان اعطاهم النفقة معجلة هـذا اذا أقر الرجل بهما فاما اذا أنكرهما جميعا أو أقر باحدهما دون الآخر فاقاموا البينة على ذلك لا تسمع بينتهم لانه يكون قضاء على الغائب وله من غير ان يكون عنه وله خصم حاضر لان المودع والمضارب والغريم ليسوا خصماء عن الغائب فى اثبات الزوجية وايجاب النفقة عليه وكذا الاولاد والوالدون والمرأة ليسوا خصماء للغائب فى اثبات ملك المال له وكل ذلك لا يجوز فان اعطوهم شيأ فهو من مال أنفسهم لانهم متطوعون فى ذلك ولا ينفق من ماله على من سواهم من ذوى الارحام لان نفقتهم ليست بعلة الجزئية والبعضية لعدمها بل بطريق الصلة والبر بهم والاحسان اليهم الا ترى انهم ليس لهم أن يمدوا أيديهم فيأخذوا من ماله عند حاجتهم اليه بخلاف الوالدين والمولودين فكان الانفاق من ماله قضاء على الغائب والاصل ان كل مال ثبت حق الاخذ منه للمنفق عليه من غير قضاء القاضى له ان ينفق منه وما لا يثبت حق الاخذ منه الا بقضاء ليس للقاضى ان ينفق منه ثم القاضى انما ينفق من مال المفقود على ماذكرنا اذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعاما أو ثيابا هى من جنس كسوتها فاما اذا كان من جنس آخر من العروض والعقار فلا ينفق لانه لا يمكنه الانفاق الا بالبيع وليس للقاضى أن يبيع العقار والعروض على الغائب بالاجماع لان البيع على الغائب فى معنى الحجر عليه والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبى حنيفة وعندهما ان جاز على الحاضر لكن لا يجوز على الغائب لان الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضاء الدين مع القدرة على القضاء من ثمن العين ولم يتحقق الظلم منه حالة الغيبة لما لم يعرف منه الامتناع من الانفاق فافترق الحالان وانما ملك بيع ما يتسارع اليه الفساد لان ذلك وان كان بيعا صورة فهو حفظ وامساك له معنى والقاضى يملك حفظ مال المفقود وأما الاب فليس له أن يبيع العقار فى نفقة الغائب من غير اذن القاضى بالاجماع وأما المنقول فله أن يبيعه عند أبى حنيفة من غير أمر القاضى وعندهما لا يبيع المنقول كما لا يبيع العقار لما علم فى كتاب النفقات والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم ماله فهو انه اذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش اليها عادة يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده ومدبره وتبين امرأته ويصير ماله ميراثا لورثته الاحياء وقت الحكم ولا شئ لمن مات قبل ذلك ولم يقدر لتلك المدة فى ظاهر الرواية تقديرا وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته وذكر محمد فى الاصل انه فقد رجل بصفين أو بالجمل ثم اختصم ورثته فى ماله فى زمن أبى حنيفة عليه الرحمة فقسم بينهم وقيل كانت وفاة سيدنا على رضى الله عنه فى سنة أربعين ووفاة أبى حنيفة رضى الله عنه فى سنة مائة وخمسين وروى عن محمد رحمه الله انه قدرها بمائة سنة فاذا مضت المدة المقدرة يحكم بموته وتثبت جميع الاحكام المتعلقة بالمدة كما اذا اقامت البينة على موته والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب اللقيط﴾

الكلام فى اللقيط فى مواضع فى تفسير اللقيط لغة وعرفا وفى بيان حاله وفى بيان ما يتعلق به من الاحكام أما فى اللغة فهو فعيل من اللقط وهو اللقاء بمعنى المفعول وهو الملقوط وهو الملقى أو الاخذ والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ والمرفوع عادة لما انه يؤخذ فيرفع وأما فى العرف فنقول هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطا باسم العاقبة لأنه يلقط عادة أى يؤخذ ويرفع وتسمية الشئ باسم عاقبته أمر شائع فى اللغة قال الله تعالى جل شأنه انى أرانى أعصر خمرا وقال الله تعالى جل شأنه انك ميت وانهم ميتون سمى العنب خمرا والحى الذى يحتمل الموت ميتا باسم العاقبة كذا هذا

﴿فصل﴾ وأما بيان حاله فله أحوال ثلاث لا بد من التعرف عنها حاله فى الحرية والرق وحاله فى النسب أما حاله فى الحرية والرق فهو انه حر من حيث الظاهر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما انهما حكما بكون اللقيط حرا ولان الاصل هو الحرية فى بنى آدم لان الناس كلهم أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام وحواء وهما كانا

حربن والمتولد من الحرين يكون حرا وانما حدث الرق فى البعض شرعا بعارض الاستيلاء بسبب عارض وهو الكفر الباعث على الحراب فيجب العمل بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض فرتب عليه أحكام الاحرار من أهلية الشهادة والاعتاق والتدبير والكتابة واستحقاق الحد على قاذفه وغير ذلك من الاحكام المختصة بالاحرار الا انه لا يحد قاذف أمه لان احصان المقذوف شرط انعقاد علة توجب على القاذف ولم يعرف احصانها لانعقاد القذف عليه لوجوب الحد على القاذف ولو ادعى الملتقط أو غيره انه عبده لا يسمع منه الا ببينة لان حريته ثابتة من حيث الظاهر فلا يقدر على ابطال هذا الظاهر الا بدليل ولو بلغ فأقر انه عبد فلان نظر فى ذلك ان كان لم يجر عليه شئ من أحكام الاحرار بعد من قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحوه صح اقراره لانه لم تعرف حريته الا بظاهر الحال فاذا أقر بالرق فالظاهر انه لا يقر على نفسه بالرق كاذبا فصح اقراره الا انه لا يعتبر فى ابطال ما يفعله من التصرفات من الهبة والكفالة والاعتاق والنكاح ونحوها من التصرفات التى لا يملكها العبد حتى لا تنفسخ وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله فى أحد قوليه ينفسخ (وجه) قوله انه لما أقر بالرق فقد ظهر انه كان رقيقا وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما اذا قامت البينة على رقه ولنا ان هذا اقرار تضمن ابطال حق الغير لان حريته ثابتة من حيث الظاهر فلا يصدق فى حق ذلك الغير لما عرف أن الاقرار تصرف على نفس المقر فاذا تضمن ابطال حقة حق الغير كان دعوى أو شهادة على غيره من ذلك الوجه فيصدق على نفسه لا على غيره كمن أقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن على البائع لما قلنا كذا هذا والاستدلال بالبينة غير سديد لان الشاهد غير متهم فى شهادته على غيره فاما المقر فى اقراره على غيره فمتهم فهو الفرق وان كان قد أجرى عليه شئ من ذلك لا يصح اقراره لانه اذا أجرى عليه شئ من أحكام الاحرار فقد ظهرت حريته عند الناس كافة فظهر انه حر الاصل فلا يملك ابطالها بالاقرار بالرق وأما حاله فى الاسلام والكفر فان وجده مسلم فى مصر من أمصار المسلمين أو فى قرية من قراهم يكون مسلما حتى لو مات يغسل ويصلى عليه ويدفن فى مقابر المسلمين وان وجده ذمى فى بيعة أو كنيسة أو فى قرية ليس فيها مسلم يكون ذميا تحكيما للظاهر كما اذا وجده مسلم فى بيعة أو كنيسة أو فى قرية من قرى أهل الذمة يكون ذميا ولو وجده ذمى فى مصر من أمصار المسلمين أو فى قرية من قراهم يكون مسلما كذا ذكر فى كتاب اللقيط من الاصل واعتبر المكان وروى ابن سماعة عن محمد انه اعتبر حال الواجد من كونه مسلما أو ذميا وفى كتاب الدعوى اعتبر الاسلام الى أيهما نسب الى الواجد أو الى المكان والصحيح رواية هذا الكتاب لان الموجود فى مكان هو فى أيدى أهل الاسلام وتصرفهم فى أيديهم واللقيط الذى هو فى يد المسلم وتصرفه يكون مسلما ظاهرا والموجود فى المكان الذى هو فى أيدى أهل الذمة وتصرفهم فى أيديهم واللقيط الذى هو فى يد الذمى وتصرفه يكون ذميا ظاهرا فكان اعتبار المكان أولى فان وجده مسلم فى مصر من أمصار المسلمين فبلغ كافرا يجبر على الاسلام ولكن لا يقتل لانه لم يعرف اسلامه حقيقة وانما حكم به تبعا للدار فلم تتحقق ردته فلا يقتل وأما حاله فى النسب فهو انه مجهول النسب حتى لو ادعى انسان نسبة الملتقط أو غيره تصح دعوته ويثبت النسب منه لما علم فى كتاب الدعوى وأما الاحكام المتعلقة به فانواع منها أن التقاطه أمر مندوب اليه لما روى أن رجلا أتى سيدنا عليا رضى الله عنه بلقيط فقال هو حر ولان أكون وليت من أمره مثل الذى وليت أنت كان أحب الى من كذا وكذا عد جملة من أعمال الخير فقد رغب فى الالتقاط وبالغ فى الترغيب فيه حيث فضله على جملة من أعمال الخير على المبالغة فى الندب اليه ولانه نفس لا حافظ لها بل هى فى مضيعة فكان التقاطها احياء لها معنى وقد قال الله تعالى ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا ومنها أن الملتقط أولى بامساكه من غيره حتى لا يكون لغيره ان يأخذه منه لانه هو الذى أحياه بالتقاطه ومن أحيا أرضا ميتة فهى له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه مباح الاخذ سبقت يد الملتقط اليه والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها ان نفقته من بيت المال لان ولاءه له وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ولو كان معه مال مشدود عليه فهو له لان الظاهر انه ماله فيكون له

كثيابه التي عليه وكذا اذا وجد مشدودا على دابة فالدابة له لما قلنا وتكون النفقة من ماله لان الانفاق من بيت المال للضرورة ولا ضرورة اذا كان له مال وليس على الملتقط ان ينفق عليه من مال نفسه لانعدام السبب الموجب للنفقة عليه ولو أنفق عليه من مال نفسه فان فعل باذن القاضي له ان يرجع عليه وان فعل بغير اذنه لا يرجع عليه لانه يكون متطوعا فيه ومنها ان عقله لبيت المال لان عاقلته بيت المال فيكون عقله له لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ومنها ان ولاءه لبيت المال لما قلنا ومنها ان له ان يوالي من شاء اذا بلغ الا اذا عقل عنه بيت المال فليس له ان يوالي أحدا لان العقد يلزم بالعقل على ما نذكر في كتاب الديات ان شاء الله تعالى لما علم في الولاء ومنها ان وليه السلطان له الولاية في ماله ونفسه لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وروي عنه عليه الصلاة والسلام انه قال الله ورسوله ولي من لا ولي له والخال وارث من لا وارث له والسلطان نائب الله ورسوله فيزوج اللقيط ويتصرف في ماله وليس للملتقط ان يفعل شيأ من ذلك لانه لا ولاية له عليه لانعدام سببها وهو القرابة والسلطنة الا انه يجوز له ان يقبض الهبة له ويسلمه في صناعة ويؤاجره لان ذلك ليس من باب الولاية عليه بل من باب اصلاح حاله وايصال المنفعة المحضة اليه من غير ضرر فاشبه اطعامه وغسل ثيابه ومنها ان نسبه من المدعي يحتمل الثبوت شرعا لانه مجهول النسب على ما يأتي في كتاب الدعوى حتى لو ادعى الملتقط أو غيره انه ابنه تسمع دعواه من غير بينة و بينته نسبه منه والقياس ان لا تسمع الا ببينة وجه القياس ظاهر لانه يدعي أمرا جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مرجح وذلك بالبينة ولم توجد وجه الاستحسان انه عامل أخبر بأمر محتمل الثبوت وكل من أخبر عن أمر والمخبر به محتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن بالمخبر هو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وههنا في التصديق واثبات النسب نظر من الجانبين جانب اللقيط بشرف النسب والتربية والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك وجانب المدعي بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق المدعي في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل ينتفع به لا يقف على البينه وسواء كان المدعي مسلما أو ذميا أو عبدا حتى لو ادعى نسبه ذمي تصح دعوته حتى يثبت نسبه منه لكنه يكون مسلما لانه ادعى شيئين يتصور انفصال أحدهما عن الآخر في الجملة وهو نسب الولد وكونه كافرا ويمكن تصديقه في أحدهما لكونه نفعا للقيط وهو كونه ابنا له ولا يمكن تصديقه في الآخر لكونه ضررا به وهو كونه كافرا فيصدق فيما فيه منفعة فيثبت نسب الولد منه ولا يصدق فيما يضره فلا يحكم بكفره وليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون كافرا ألا ترى أنه يحكم باسلامه باسلام أمه وان كان الاب كافرا هذا اذا أقر الذمي انه ابنه ولا بينة له فان أقام البينة على ذلك ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف الاقرار ووجه الفرق بين الاقرار وبين الشهادة انه متهم في اقراره بما يتضمنه اقراره وهو كون الولد على دينه ولا تهمة في الشهادة لما مر ولو ادعى عبد انه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه لكنه يكون حرا لما ذكرنا في دعوى الذمي لانه ادعى شيئين أحدهما نفع اللقيط والآخر مضرة وهو الرق فيصدق فيما ينفعه لا فيما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذمي ولو ادعاه رجلان انه ابنهما ولا بينة لهما فان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى لانه أنفع للقيط وكذلك اذا كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لانه أنفع له وان كانا مسلمين حرين فان وصف أحدهما علامة في جسده فالواصف أولى به عندنا وعند الشافعي رحمه الله يرجع الى القائف فيؤخذ بقوله والصحيح قولنا لان الدعوتين متى تعارضتا يجب العمل بالراجح منهما وقد ترجح أحدهما بالعلامة لانه اذا ارضى العلامة ولم يصف الآخر دل على ان يده عليه سابقة فلا بد لزوالها من دليل والدليل على جواز العمل بالعلامة قوله تعالى عز شأنه خبرا عن أهل تلك المرأة ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم حكى الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الأمم السالفة في كتابه العزيز ولم يغير عليهم والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فصار الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتدأة وكذا عند اختلاف الزوجين في متاع البيت يميز ذلك بالعلامة كذا ههنا وان لم

يصف أحدهما العلامة يحكم بكونه ابنا لهما اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فان اقام أحدهما البينة فهو أولى به وان أقاما جميعا البينة يحكم بكونه ابنا لهما لانه ليس أحدهما بأولى من الآخر وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه فى مثل هذا انه قال انه ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للثانى منهما فان ادعاه أكثر من رجلين فاقام البينة روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه تسمع من خمسة وقال أبو يوسف من اثنين ولا تسمع من أكثر من ذلك وقال محمد تسمع من ثلاثة ولا تسمع من أكثر من ذلك هذا اذا كان المدعى رجلا فان كانت امرأة فادعته انه ابنها فان صدقها زوجها اوشهدت لها القابلة أو قامت البينة صحت دعوتها والا فلا لان فيه حمل نسب الغير على الغير وانه لا يجوز لما نذكره فى كتاب الاقرار ولو ادعاه امرأتان وأقامت احداهما البينة فهى أولى به وان أقامتا جميعا فهو ابنهما عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف لا يكون لواحدة منهما وعن محمد روايتان فى رواية أبى حفص يجعل ابنهما وفى رواية أبى سليمان لا يجعل ابن واحدة منهما والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب اللقطة ﴾

الكلام فى اللقطة فى مواضع فى بيان أنواعها وفى بيان أحوالها وفى بيان ما يصنع بها أما الاول فنوعان من غير الحيوان وهو المال الساقط لا يعرف مالكه ونوع من الحيوان وهو الضالة من الابل والبقر والغنم من البهائم الا انه يسمى لقطة من اللقط وهو الاخذ والرفع لانه يلقط عادة أى يؤخذ ويرفع على ماذكرنا فى كتاب اللقيط

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أحوالها فنها فى الاصل حالان حال ما قبل الاخذ وحال ما بعده أما ما قبل الاخذ فلها أحوال مختلفة قد يكون مندوب الاخذ وقد يكون مباح الاخذ وقد يكون حرام الاخذ أما حالة الندب فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها فاخذها لصاحبها أفضل من تركها لانه اذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها احياء لمال المسلم معنى فكان مستحبا والله تعالى أعلم وأما حالة الاباحة فهو ان لا يخاف عليها الضيعة فيأخذها لصاحبها وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله اذا خاف عليها يجب أخذها وان لم يخف يستحب أخذها وزعم ان الترك عند خوف الضيعة يكون تضييعا لها والتضييع حرام فكان الاخذ واجبا وهذا غير سديد لان الترك لا يكون تضييعا بل هو امتناع من حفظ غير ملزم والامتناع من حفظ غير ملزم لا يكون تضييعا كالامتناع عن قبول الوديعة وأما حالة الحرمة فهو ان يأخذها لنفسه لا لصاحبها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يأوى الضالة الا ضال والمراد أن يضمها الى نفسه لاجل نفسه لا لاجل صاحبها بالرد عليه لان الضم الى نفسه لاجل صاحبها ليس بحرام ولانه أخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه فيكون بمعنى الغصب وكذا لقطة البهيمة من الابل والبقر والغنم عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز التقاطها أصلا واحتج بما روى أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فقال مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر دعها حتى يلقاها ربها نهى عن التعرض لها وأمر بترك الاخذ فدل على حرمة الاخذ (ولنا) ماروى أن رجلا وجد بعيرا بالحرة فعرفه ثم ذكره لسيدنا عمر رضى الله تعالى عنه فأمره أن يعرفه فقال الرجل لسيدنا عمر قد شغلنى عن ضيعتى فقال سيدنا عمر ارسله حيث وجدته ولان الاخذ حال خوف الضيعة احياء لمال المسلم فيكون مستحباً وحال عدم الخوف ضرب احراز فيكون مباحا على ماذكرنا وأما الحديث فلا حجة له فيه لان المراد منه أن يكون صاحبه قريباً منه ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام حتى يلقاها ربها وانما يقال ذلك اذا كان قريبا أو كان رجاء اللقاء ثابتا ونحن به نقول ولا كلام فيه والدليل عليه انه لما سأله عن ضالة الغنم قال خذها فانها لك أو لاخيك أو للذئب دعاه الى الاخذ ونبه على المعنى وهو خوف الضيعة وانه موجود فى الابل والنص الوارد فيها أولى أن يكون واردا فى الابل وسائر البهائم دلالة الا أنه عليه الصلاة والسلام فصل بينهما فى الجواب من حيث الصورة لهجوم الذئب على الغنم اذا لم يلقها ربها عادة بعيداً كان أو قريبا وكذلك الابل لانها تذب عن نفسها عادة هذا الذى

ذكرنا

ذكرنا حال ماقبل الاخذ وأما حال ما بعده فلها بعد الاخذ حالان فى حال هى أمانة وفى حال هى مضمونة أما حالة الامانة فهى أن يأخذها لصاحبها لانه أخذها على سبيل الامانة فكانت يده يد أمانة كيد المودع وأما حالة الضمان فهى أن يأخذها لنفسه لان المأخوذ لنفسه مغصوب وهذا لا خلاف فيه وانما الخلاف فى شئ آخر وهو أن جهة الامانة انما تعرف من جهة الضمان اما بالتصديق أو بالاشهاد عند أبى حنيفة وعندهما بالتصديق أو باليمين حتى لو هلكت فجاء صاحبها وصدقه فى الاخذ له لا يجب عليه الضمان بالاجماع وان لم يشهد لان جهة الامانة قد ثبتت بتصديقه وان كذبه فى ذلك فكذا عند أبى يوسف ومحمد أشهد أو لم يشهد و يكون القول قول الملتقط مع يمينه وأما عند أبى حنيفة فان أشهد فلا ضمان عليه لانه بالاشهاد ظهر أن الاخذ كان لصاحبه فظهر أن يده يد أمانة وان لم يشهد يجب عليه الضمان ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان لانه أقر بالغصب والمغصوب مضمون على الغاصب وجه قولهما أن الظاهر انه أخذه لا لنفسه لان الشرع انما مكنه من الاخذ بهذه الجهة فكان اقدامه على الاخذ دليلا على أنه أخذ بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولكن مع الحلف لان القول قول الامين مع اليمين ولابى حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أن أخذ مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان فى الاصل الا أنه اذا كان الاخذ على سبيل الامانة بان أخذه لصاحبه فيخرج من أن يكون سببا وذلك انما يعرف بالاشهاد فاذا لم يشهد لم يعرف كون الاخذ لصاحبه فبقى الاخذ سببا فى حق وجوب الضمان على الاصل والثانى أن الاصل ان عمل كل انسان له لا لغيره بقوله سبحانه وتعالى وأن ليس للانسان الا ما سعى وقوله تعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت فكان أخذه اللقطة فى الاصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه سبب لوجوب الضمان لانه غصب وانما يعرف الاخذ لصاحبها بالاشهاد فاذا لم يوجد تعين أن الاخذ لنفسه فيجب عليه الضمان ولو أخذ اللقطة ثم ردها الى مكانها الذى أخذها منه لا ضمان عليه فى ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد فى الموطا و بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا هذا الجواب فيما اذا رفعها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها فى موضعها فاما اذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم ردها الى مكانها يضمن وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل وقال الشافعى رحمه الله يضمن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب وجه قوله أنه لما أخذها من مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول الوديعة فاذا ردها الى مكانها فقد ضيعها بترك الحفظ الملتزم فاشبه الوديعة اذا ألقاها المودع على قارعة الطريق حتى ضاعت (ولنا) أنه أخذها محتسبا متبرعا ليحفظها على صاحبها فاذا ردها الى مكانها فقد فسخ التبرع من الاصل فصار كانه لم يأخذها أصلا و به تبين أنه لم يلزم الحفظ وانما تبرع به وقد رده بالرد الى مكانها فارتد وجعل كان لم يكن هذا اذا كان أخذها لصاحبها ثم ردها الى مكانها فضاعت وصدقه صاحبها فيه أو كذبه لكن الملتقط قد كان أشهد على ذلك فان كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أبى حنيفة وعندهما لا يجب أشهد أو لم يشهد و يكون القول قوله مع يمينه أنه أخذها لصاحبها على ما ذكرنا ثم تفسير الاشهاد على اللقطة أن يقول الملتقط بمسمع من الناس انى التقطت لقطة أو عندى لقطة فأى الناس أنشدها فدلوه على أو يقول عندى شئ فمن رأيتموه يسأل شيأ فدلوه على فاذا قال ذلك ثم جاء صاحبها فقال الملتقط قد هلكت كان القول قوله ولا ضمان عليه بالاجماع وان كان عنده عشر لقطات لان اسم الشئ واللقطة منكرا ان كان يقع على شئ واحد ولقطة واحدة لغة لكن فى مثل هذا الموضع يراد بها كل الجنس فى العرف والعادة لا فرد من الجنس اذ المقصود من التعريف ايصال الحق الى المستحق ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف والمعتاد فكان هذا اشهادا على الكل بدلالة العرف والعادة ولو أقر أنه كان أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك لانه ظهر انه أخذها غصبا فكان الواجب عليه الرد الى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده فاذا عجز عن رد العين يجب عليه بدلها كما فى الغصب وكذلك اذا أخذ الضالة ثم أرسلها الى مكانها الذى أخذها منه فحكمها حكم اللقطة لان هذا أحد نوعى اللقطة وقد رو ينا فى هذا الباب عن سيدنا عمر رضى

الله عنه أنه قال لواجد البعير الضال أرسله حيث وجدته وهذا يدل على انتفاء وجوب الضمان

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يصنع بها فنقول وبالله التوفيق اذا أخذ اللقطة فانه يعرفها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عرفها حولا حين سئل عن اللقطة وروى أن رجلا جاء الى عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما فقال انى وجدت لقطة فما تأمرنى فيها فقال عرفها سنة وروينا عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه أمر بتعريف البعير الضال ثم نقول الكلام فى التعريف فى موضعين أحدهما فى مدة التعريف والثانى فى بيان مكان التعريف أما مدة التعريف فيختلف قدر المدة لاختلاف قدر اللقطة ان كان شيئا له قيمة تبلغ عشرة دراهم فصاعدا يعرفه حولا وان كان شيأ قيمته أقل من عشرة يعرفه أياما على قدر ما يرى وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنه قال التعريف على خطر المال ان كان مائة ونحوها عرفها سنة وان كان عشرة ونحوها عرفها شهرا وان كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة أو قال عشرة وان كان درهما ونحوه عرفه ثلاثة أيام وان كان دانقا ونحوه عرفه يوما وان كان تمرة أو كسرة تصدق بها وانما تكمل مدة التعريف اذا كان مما لا يتسارع اليه الفساد فان خاف الفساد لم تكمل ويتصدق بها وأما مكان التعريف فالاسواق وأبواب المساجد لانها مجمع الناس وممرهم فكان التعريف فيها أسرع الى تشهير الخبر ثم اذا عرفها فان جاء صاحبها وأقام البينة انها ملكه أخذها لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وان لم يقم البينة ولكنه ذكر العلامة بان وصف عفاصها ووكاءها ووزنها وعددها يحل للملتقط أن يدفع اليه وان شاء أخذ منه كفيلا لان الدفع بالعلامة مما قد ورد به الشرع فى الجملة كما فى اللقيط الا ان هناك يجبر على الدفع وهنا لا يجبر لان هناك يجبر على الدفع بمجرد الدعوى فمع العلامة أولى وهنا لا عبرة بمجرد الدعوى بالاجماع فجاز أن لا يجبر على الدفع مع العلامة ولكن يحل له الدفع وله أن يأخذ كفيلا لجواز مجىء آخر فيدعيها ويقيم البينة ثم اذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف فهو بالخيار ان شاء أمسكها الى أن يحضر صاحبها وان شاء تصدق بها على الفقراء ولو أراد أن ينتفع بها فان كان غنيا لا يجوز أن ينتفع بها عندنا وعند الشافعى رحمه الله اذا عرفها حولا ولم يحضر صاحبها كان له أن ينتفع بها وان كان غنيا وتكون قرضا عليه واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمن سأله عن اللقطة عرفها حولا فان جاء صاحبها والا فشأنك بها وهذا اطلاق الانتفاع للملتقط من غير السؤال عن حاله أنه فقير أو غنى بل ان الحكم لا يختلف (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحل اللقط فمن التقط شيأ فليعرفه سنة فان جاءه صاحبها فليردها عليه وان لم يأت فليتصدق والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه نفى الحل مطلقا وحالة الفقر غير مرادة بالاجماع فتعين حالة الغنى والثانى أنه أمر بالتصدق ومصرف الصدقة الفقير دون الغنى وان الانتفاع بمال المسلم بغير اذنه لا يجوز الا لضرورة ولا ضرورة اذا كان غنيا وأما الحديث فلا حجة له فيه لان قوله عليه الصلاة والسلام فشأنك بها ارشاد الى الاشتغال بالحفظ لان ذلك كان شأنه المعهود باللقط الى هذه الغاية أو يحمله على هذا توفيقا بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض واذا تصدق بها على الفقراء فاذا جاء صاحبها كان له الخيار ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها وان شاء ضمن الملتقط أو الفقير ان وجده لان التصدق كان موقوفا على اجازته وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه كما فى غاصب الغاصب وان كان فقيرا فان شاء تصدق بها على الفقراء وان شاء أنفقها على نفسه فاذا جاء صاحبها خيره بين الاجر وبين ان يضمنها له على ما ذكرنا وكذلك اذا كان غنيا جاز له أن يتصدق بها على أبيه وابنه وزوجته اذا كانوا فقراء وكل جواب عرفته فى لقطة الحل فهو الجواب فى لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع بلقط الحل من التعريف وغيره وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله لقطة الحرم تعرف أبدا ولا يجوز الانتفاع بها بحال واحتج بما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال فى صفة مكة ولا تحل لقطتها الا لمنشد أى لمعرف فالمنشد المعرف والناشد الطالب وهو المالك ومعنى الحديث أنه لا تحل لقطة الحرم الا للتعريف (ولنا) ما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة له فى الحديث لانا نقول بموجبه أنه لا يحل التقاطها الا

للتعريف

للتعريف وهذا حال كل لقطة الا أنه خص عليه الصلاة والسلام لقطة الحرم بذلك لما لا يوجد صاحبها عادة فتبين ان ذا لا يسقط التعريف وكذلك حكم الضالة في جميع ما وصفنا وتنفرد بحكم آخر وهو النفقة فان انفق عليها بامر القاضي يكون دينا على مالكها وان أنفق بغير اذنه يكون متطوعا فينبغي أن يرفع الامر الى القاضي ينظر في ذلك فان كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة أمره بان يؤاجرها وينفق عليها من أجرتها نظرا للمالك وان كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة وخشي أن لو أنفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره ببيعها وحفظ ثمنها مقامها في حكم الهلاك وان رأى الاصلح أن لا يبيعها بل ينفق عليها أمره بان ينفق عليها لكن نفقة لا تزيد على قيمتها ويكون ذلك دينا على صاحبها حتى اذا حضر يأخذ منه النفقة وله أن يحبس اللقطة بالنفقة كما يحبس المبيع بالثمن وان أبى أن يؤدي النفقة باعها القاضي ودفع اليه قدر ما أنفق والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الاباق

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الآبق وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع به وفي بيان حكم ماله (أما) الاول فالآبق اسم لرقيق يهرب من مولاه وأما حاله فحال اللقطة قبل الاخذ وبعده وقد ذكرنا تفاصيله في كتاب اللقطة

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يصنع به فنقول وبالله التوفيق اذا أخذ الآبق لصاحبه فان شاء الآخذ أمسكه على صاحبه حتى يجيء فيأخذه وان شاء ذهب به الى صاحبه فرده عليه فان أمسكه فجاء انسان وادعى أنه عبده فان أقام البينة دفعه اليه وأخذ منه كفيلا ان شاء لجواز أن يجيء آخر فيدعيه ويقيم البينة فله أن يستوثق بكفيل وان لم يكن له بينة ولكن أقر العبد بذلك دفعه اليه أيضا لانه ادعى شيأ لا ينازعه فيه أحد فيكون له ويأخذ منه كفيلا ان شاء لما قلنا وما أنفق عليه فان كان باذن القاضي يرجع به على صاحبه والا فلا لانه يكون متطوعا فان طالت المدة ولم يجيء له طالب باعه القاضي وأخذ ثمنه يحفظه على صاحبه لان ذلك حفظ له معنى فان باعه وأخذ ثمنه ثم جاء انسان وأقام البينة أنه عبده دفع الثمن اليه وليس له أن ينقض البيع لان البيع من القاضي صدر عن ولاية شرعية لانه من باب حفظ ماله اذ لو لم يبع لاتت النفقة على جميع قيمته فيضيع المال فكان بيعه حفظا له من حيث المعنى والقاضي يملك مال الغائب ولهذا يبيع ما يتسارع اليه الفساد ولو زعم المدعي أنه قد كان دبره أو كاتبه لم يصدق في نقض البيع لما قلنا وينفق القاضي عليه في مدة حبسه اياه من بيت المال ثم اذا جاء صاحبه أخذه من صاحبه أو من ثمنه ان باعه لان الانفاق عليه احياء ماله فيكون عليه واذا جاء بالآبق له أن يمسكه بالجعل لانه اذا جاء به فقد استحق الجعل على مالكه فكان له حق حبسه بالجعل كما يحبس المبيع لاستيفاء الثمن ولو هلك في حال الحبس لا ضمان عليه لكن يسقط الجعل كما لا ضمان على البائع بهلاك المبيع المحبوس بالثمن لكن يسقط الثمن عن المشتري ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الرقيق في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يقبل في العبد ولا يقبل في الجارية وهذه المسئلة في كتاب القاضي في بيان شرائط قبول كتاب القاضي الى القاضي

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم ماله فهو استحقاق الجعل عندنا استحسانا والكلام في الجعل في مواضع في بيان أصل الاستحقاق وفي بيان سببه وفي بيان شرطه وفي بيان ما يستحق عليه وفي بيان قدر المستحق (أما) أصل الاستحقاق فثابت عندنا استحسانا والقياس ان لا يثبت أصلا كما لا يثبت برد الضالة وقال الشافعي رحمه الله يثبت بالشرط ولا يثبت بدونه حتى لو شرط الآخذ الجعل على المالك وجب والا فلا (وجه) قول الشافعي رحمه الله أنه رد مال الغير عليه محتسبا فلا يستحق الاجر كما لو رد الضالة الا اذا شرط فيجب عليه بحكم الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن عليه الرحمة عن أبي عمرو الشيباني أنه قال كنت قاعدا عند عبد الله

ابن مسعود فجاء رجل فقال قدم فلان بإباق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجرا فقال عبد الله رضي الله عنه وجعلا ان شاء من كل رأس درهما ولم ينقل أنه انكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان جعل الآبق طريق صيانة عن ضياع لانه لا يتوصل اليه بالطلب عادة اذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك فلو لم يأخذه لضاع ولا يؤخذ لصاحبه ويتحمل مؤنة الاخذ والرد عليه مجانا بلا عوض عادة واذا علم أن له عليه جعلا يحمل مشقة الاخذ والرد طمعاً في الجعل فتحصل الصيانة عن الضياع فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الآبق عن الضياع وصيانة المال عن الضياع واجب فكان المالك شارطا للاجر عند الاخذ والرد دلالة بخلاف الضالة لان الدابة اذا ضلت فانها ترعى في المراعي المألوفة فيمكن الوصول اليها بالطلب عادة فلا تضيع دون الاخذ فلا حاجة الى الصيانة بالجعل فان أخذه أحد كان في الاخذ والرد محتسباً فلا يستحق الاجر فهو الفرق وأما سبب استحقاق الجعل فهو الاخذ لصاحبه لانه طريق الصيانة على المالك وهو معنى التسبب

﴿فصل﴾ وأما شرائط الاستحقاق فأنواع (منها) الرد على المالك لان الصيانة تحصل عنده وهو معنى الشرط ان توجد العلة عند وجوده حتى لو أخذه فمات أو أبق من يده قبل الرد لا يستحق الجعل ولو أخذه فأبق من يده فأخذه غيره فرده على المالك فالجعل للثاني ولا شئ للاول لانه لما أبق من يده فقد انفسخ ذلك السبب أو بقي ذلك سببا محضا لانعدام شرطه وهو الرد على المالك وقد وجد السبب والشرط من الثاني فكان الاول صاحب سبب محض والسبب المحض لا حكم له والثاني صاحب علة فيكون الجعل له ولو كان الراد واحداً والآبق اثنين فله جعلان لوجود سبب الاستحقاق وشرطه في كل واحد منهما ولو كان الراد اثنين والآبق واحداً فلهما جعل واحد بينهما نصفان لاشتراكهما في مباشرة السبب والشرط ولو كان الراد واحدا والآبق واحد أو المالك اثنين فعليهما جعل واحد على قدر ملكيهما ولو جاء بالآبق فوجد المالك قد مات فله الجعل في تركته لوجود الرد على المالك من حيث المعنى بالرد على التركة ثم ان كان عليه دين محيط بماله فهو أحق بالعبد حتى يعطى الجعل لما ذكرنا وان لم يكن له مال سوى العبد يقدم الجعل على سائر الديون فيباع العبد ويبدأ بالجعل من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لانه كان أحق بحبسه من بين سائر الغرماء لاستيفاء الجعل فكان أحق بثمنه بقدر الجعل كالمرتهن هذا اذا جاء به أجنبي فوجد المالك قد مات فأما اذا جاء به وارث الميت فوجد مورثه قد مات فله الجعل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا كان المالك حيا وقت الاخذ وعند أبي يوسف لا جعل له وان كان حيا وقت الاخذ اذا مات قبل الوصول اليه (وجه) قوله انه فات شرط الاستحقاق وهو الرد على المالك لانه رد على نفسه (وجه) قولهما أن المجيء به من مسيرة ثلاثة أيام مثلا في حال حياة المالك على قصد الرد رد على المالك فيستحق الجعل كما اذا وجده حيا ولهذا لو كان الراد أجنبيا استحق الجعل لما قلنا كذا هذا ولو جاء به فأعتقه مولاه قبل أن يرده عليه أو باعه منه فله الجعل لما ذكرنا أن المجيء به على قصد الرد على المالك رد عليه ويجب الجعل برد الآبق المرهون لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك الا انه يجب على المرتهن لان منفعة الصيانة رجعت اليه ألا ترى انه لو ضاع يسقط دينه بقدر قيمته فاذا كانت المنفعة له كانت المضرة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وسواء كان الراد بالغا أو صبيا حرا أو عبدا لان الصبي من أهل استحقاق الاجر بالعمل وكذا العبد الا أن الجعل لمولاه لانه ليس من أهل ملك المال والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون الراد على المالك في عيال المالك حتى لو كان في عياله لا جعل له سواء كان وارثا أو أجنبيا لانه اذا كان في عياله كان الرد منه بمنزلة رد المالك ولانه اذا كان في عياله كان في الرد عليه عاملا لنفسه لان منفعة الرد تعود اليه ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره والاصل أن الراد اذا كان في عيال المالك لا جعل له كائنا ما كان وان لم يكن في عياله فله الجعل كائنا ما كان الا الابن يرد آبق ابيه والزوج يرد آبق زوجته انه لا جعل لهما وان لم يكونا في عيالهما لان الابن وان لم يكن في عيال أبيه فالرد منه يجري مجرى الخدمة لابيه والابن لا يستحق الاجر بخدمة أبيه لانها

مستحقة عليه ولهذا لو استأجر ابنه لخدمته لا يستحق الاجر بخلاف الاب مع ما أن الاولاد فى العادات يحفظون أموال الآباء لطمع الانتفاع بها بطريق الارث فكان رادا عبد نفسه معنى اذ كان بالرد عاملا لنفسه فلا يستحق الاجر وكذلك الزوج اذا رد عبد زوجته فقد رد عبد نفسه معنى لانه ينتفع بما لها عادة وكذلك لا تقبل شهادة كل واحد منهما للآخر فلا يستحق الجعل (وأما) الاب اذا رد عبد ابنه فان كان فى عياله لا جعل له لان الاجنبى الذى فى عياله لا جعل له فالقرابة أولى وان لم يكن فى عياله فله الجعل لان الاب لا يستخدم طبعا وشرعا وعقلا ولهذا لو خدم بالاجر وجب الاجر فلا يمكن حمله على الخدمة فيحمل على طلب الاجر وكذا الآباء لا يحفظون أموال الاولاد للانتفاع بها بطريق الارث لان موتهم يتقدم موت الاولاد عادة فلم يتحقق معنى الرد والعمل لنفسه لذلك افترق الامران وعلى هذا سائر ذوى الارحام من الاخ والعم والخال وغيرهم أن الراد ان كان فى عيال المالك لا جعل له لما قلنا وان لم يكن فى عياله فله الجعل وعلى هذا الوصى اذا رد عبد اليتيم لا جعل له لان اليتيم فى عياله وحفظ ماله مستحق عليه فلا يستحق الجعل على الرد وكذا عبد الوصى اذا رد عبد اليتيم لان رد عبده كرده (ومنها) أن يكون المردود مرقوقا مطلقا كالقن والمدبر وأم الولد حتى لو كان مكاتبا لا جعل له لانه ليس بمرقوق على الاطلاق بل هو فيما يرجع الى مكاسبه حر ولهذا لم يتناوله مطلق اسم المملوك فى قول الرجل كل مملوك لى حر الا بالنية بخلاف المدبر وأم الولد ولان استحقاق الجعل معلول بالصيانة عن الضياع ولا حاجة الى الصيانة فى المكاتب لانه لا يهرب عادة لان العقد فى جانبه غير لازم فلو لم يقدر على بدل الكتابة يعجز نفسه بالاباء عن الكسب بخلاف المدبر وأم الولد لانهما يستخدمان عادة فلعلهما يكلفان ما لا يطيقان فيحملهما ذلك على الهرب فتقع الحاجة الى الصيانة بالجعل كما فى القن الا أن الفرق بينهما و بين القن انه اذا جاء بالقن وقد مات المولى قبل أن يصل اليه فله الجعل وان جاء بالمدبر وأم الولد وقد مات المولى قبل الوصول اليه لا جعل له (ووجه) الفرق ظاهر لانهما يعتقان بموت السيد فلم يوجد رد المرقوق أصلا فلا يستحق الجعل بخلاف القن والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يستحق عليه فالمستحق عليه هو المالك اذا أبق من يده لان الجعل مؤنة الرد ومنفعة الرد عائدة الى المالك فكانت المؤنة عليه ليكون الخراج بالضمان ولو أبق عبد الرهن من يد المرتهن فالجعل عليه لان منفعة الرد تعود اليه باعتبار الحبس الذى هو وسيلة الى استيفاء الدين فان كان فى قيمة العبد فضل على الدين يجب بقدر الدين على المرتهن والزيادة على الراهن والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان قدر المستحق فينظر ان رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله أربعون درهما لما روينا من حديث عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما وان رده دون ذلك فبحسابه وان رده من أقصى المصر رضخ له على قدر عنائه وتعبه لان الواجب بمقابلة العمل فيتقدر بقدره الا أن الزيادة على مدة السفر سقط اعتبارها بالشرع فيبقى الواجب فى المدة بمقابلة العمل فيزداد بزيادته وينقص بنقصانه هذا اذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل فان كانت مثل الجعل أو أنقص منه ينقص من قيمته درهم عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له الجعل تاما وان كانت قيمة العبد درهما واحدا واحتج بما روينا عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما أنه قال من كل رأس أربعين درهما اعتبر الرأس دون القيمة (وجه) قولهما ان الواجب معلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة فى هذه الصيانة لو اعتبرنا الرأس دون القيمة لانه ان كان يصان من وجه يضيع من وجه آخر فلا فرق بين الضياع بترك الاخذ والامساك و بين الضياع بالجعل فلا بد أن ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالاخذ مفيدا والحديث محمول على ما اذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أربعين درهما توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب السباق ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى موضعين فى تفسير السباق وفى بيان شرائط جوازه (أما) الاول فالسباق فعال من السبق وهو أن يسابق الرجل صاحبه فى الخيل أو الابل ونحو ذلك فيقول ان سبقتك فكذا أو ان سبقتنى فكذا ويسمى أيضا رهانا فعالا من ارهن

﴿فصل﴾ وأما شرائط جوازه فأنواع (منها) أن يكون فى الانواع الاربعة الحافر والخف والنصل والقدم لا فى غيرها لما روى عليه الصلاة والسلام انه قال لا سبق الا فى خف أو حافر أو نصال الا انه زيد عليه السبق فى القدم بحديث سيدتنا عائشة رضى الله عنها فيما وراءه بقى على أصل النفى ولانه لعب واللعب حرام فى الاصل الا أن اللعب بهذه الاشياء صار مستثنى من التحريم شرعا لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه حرم عليه الصلاة والسلام كل لعب واستثنى الملاعبة بهذه الاشياء المخصوصة فبقيت الملاعبة بما وراءها على أصل التحريم اذ الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا وكذا المسابقة بالخف صارت مستثناة من الحديث وبما روى عن سعيد بن المسيب انه قال ان العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تسبق كلما دفعت فى سباق فدفعت يوما فى ابل فسبقت فكانت على المسلمين كآبة اذ سبقت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الناس اذا رفعوا شيأ أو أرادوا رفع شئ وضعه الله وكذا السبق بالقدم لما روت سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت سابقت النبى عليه الصلاة والسلام فسبقته فلما حملت اللحم سابقته فسبقنى فقلت هذا بتلك فصارت هذه الانواع مستثناة من التحريم فبقى ما وراءها على أصل الحرمة ولان الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد فى غيرها وهو الرياضة والاستعداد لاسباب الجهاد فى الجملة فكانت لعبا صورة ورياضة وتعلم أسباب الجهاد فيكون جائزا اذا استجمع شرائط الجواز ولئن كان لعبا لكن اللعب اذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراما ولهذا استثنى ملاعبة الاهل لتعلق عاقبة حميدة بها وهو انبعاث الشهوة الداعية الى الوطء الذى هو سبب التوالد والتناسل والسكنى وغير ذلك من العواقب الحميدة وهذا المعنى لا يوجد فى غير هذه الاشياء فلم يكن فى معنى المستثنى فبقى تحت المستثنى (ومنها) أن يكون الخطر فيه من أحد الجانبين الا اذا وجد فيه محللا حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعا ولم يدخلا فيه محللا لا يجوز لانه فى معنى القمار نحو أن يقول أحدهما لصاحبه ان سبقتنى فلك على كذا وان سبقتك فلى عليك كذا فقبل الآخر ولو قال أحدهما لصاحبه ان سبقتنى فلك على كذا وان سبقتك فلا شئ عليك فهو جائز لان الخطر اذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار فيحمل على التحريض على استعداد أسباب الجهاد فى الجملة بمال نفسه وذلك مشروع كالتنفيل من الامام بل أولى لان هذا يتصرف فى مال نفسه بالبدل والامام بالتنفيل يتصرف فيما لغيره فيه حق فى الجملة وهو الغنيمة فلما جاز ذلك فهذا بالجواز أولى وكذلك اذا كان الخطر من الجانبين ولكن أدخلا فيه محللا بأن كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم ولا خطر من الثالث بل ان سبق أخذ الخطر وان لم يسبق لا يغرم شيأ فهذا مما لا بأس به أيضا وكذلك ما يفعله السلاطين وهو أن يقول السلطان لرجلين من سبق منكما فله كذا فهو جائز لما بينا ان ذلك من باب التحريض على استعداد أسباب الجهاد خصوصا من السلطان فكانت ملحقة بأسباب الجهاد ثم الامام اذا حرض واحدا من الغزاة على الجهاد بأن قال من دخل هذا الحصن أولا فله من النفل كذا ونحوه جاز كذا هذا أو بل أولى لما بينا (ومنها) أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق ويسبق من الاشياء الاربعة حتى لو كانت فيما يعلم انه يسبق غالبا لا يجوز لان معنى التحريض فى هذه الصورة لا يتحقق فبقى الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثا ولعبا والله تعالى أعلم

﴿كتاب الوديعة﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العقد وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان حال المعقود عليه وفي بيان ما يوجب تغير حاله (أما) ركنه فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول لغيره أودعتك هذا الشيء أو احفظ هذا الشيء لي أو خذ هذا الشيء وديعة عندك وما يجري مجراه ويقبله الآخر فاذا وجد ذلك فقد تم عقد الوديعة

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فأنواع (منها) عقل المودع فلا يصح الايداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية (وأما) بلوغه فليس بشرط عندنا حتى يصح الايداع من الصبي المأذون لان ذلك مما يحتاج اليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة وعند الشافعي رحمه الله لا يملك التجارة فلا يملك توابعها على ما نذكر في كتاب المأذون وكذا حريته ليست بشرط فيملك العبد المأذون الايداع لما قلنا في الصبي المأذون (ومنها) عقل المودع فلا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل لان حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ (وأما) بلوغه فليس بشرط حتى يصح قبول الوديعة من الصبي المأذون لانه من أهل الحفظ ألا ترى انه أذن له الولي ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الاذن له سفها (وأما) الصبي المحجور عليه فلا يصح قبول الوديعة منه لانه لا يحفظ المال عادة ألا ترى انه منع منه ماله ولو قبل الوديعة فاستهلكها فان كانت الوديعة عبدا أو أمة يضمن بالاجماع وان كانت سواهما فان قبلها باذن الولي فكذلك وان قبلها بغير اذنه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يضمن (وجه) قوله أن ايداعه لو صح فاستهلاك الوديعة يوجب الضمان وان لم يصح جعل كأنه لم يكن فصار الحال بعد العقد كالحال قبله ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان اذا كانت الوديعة عبدا أو أمة (وجه) قولهما أن إيداع الصبي المحجور اهلاك للمال معنى فكان فعل الصبي اهلاك مال قائم صورة لا معنى فلا يكون مضمونا عليه ودلالة ما قلنا انه لما وضع المال في يده فقد وضع في يد من لا يحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعا ولا شك انه لا يجب عليه حفظ الوديعة شرعا لان الصبي ليس من أهل وجوب الشرائع عليه والدليل على انه لا يحفظ الوديعة عادة انه منع عنه ماله ولو كان يحفظ المال عادة لدفع اليه قال الله تبارك وتعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم وبهذا فارق المأذون لانه يحفظ المال عادة ألا ترى انه دفع اليه ماله ولو لم يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع اليه سفها بخلاف ما اذا كانت الوديعة عبداً أو أمة لان هناك لا يجب عليه ضمان المال أيضا وانما يجب عليه ضمان الدم لان الضمان الواجب بقتل العبد ضمان الآدمي لا ضمان المال والعبد من حيث انه آدمي قائم من كل وجه قبل الايداع وبعده فهو الفرق وكذلك حرية المودع ليست بشرط لصحة العقد حتى يصح القبول من العبد المأذون ويترتب عليه أحكام العقد لانه يحتاج الى الايداع والاستيداع على ما نذكر في كتاب المأذون (وأما) العبد المحجور فلا يصح منه القبول لانه لا يحفظ المال عادة ولو قبلها فاستهلكها فان كانت عبداً أو أمة يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وان كانت سواهما فان قبلها باذن وليه يضمن بالاجماع وان قبلها بغير اذن وليه لا يؤاخذ به في الحال عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يؤاخذ به في الحال والكلام في الطرفين على حسب ما ذكرنا في الصبي المحجور

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم العقد فحكمه لزوم الحفظ للمالك لان الايداع من جانب المالك استحفاظ ومن جانب المودع التزام الحفظ وهو من أهل الالتزام فيلزمه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والكلام في الحفظ في موضعين أحدهما فيما يحفظ به والثاني فيما فيه يحفظ (أما) الاول فالاستحفاظ لا يخلو من أن يكون مطلقا أو مقيداً فان كان مطلقا فللمودع أن يحفظ بيد نفسه ومن هو في عياله وهو الذي يسكن معه ويمونه فيكفيه

طعامه وشرابه وكسوته كائنامن كان قريباً أواجنبيامن ولده وامرأته وخدمه وأجيره لاالذى استأجره بالدراهم والدنانير وبيدمن ليس فى عياله ممن يحفظ ماله بنفسه عادة كشريكه المفاوض والعنان وعبده المأذون وعبده المعزول عن بيته هذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله ليس له أن يحفظ الابيد نفسه الا أن يستعين بغيره من غير أن يغيب عن عينه حتى لوفعل يدخل فى ضمانه (وجه) قوله أن العقد تناوله دون غيره فلا يملك الايداع من غيره كما لا يملك الايداع سائر الاجانب (ولنا) أن الملتزم بالعقد هو الحفظ والانسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة الا بما يحفظ به مال نفسه وانه يحفظ مال نفسه بيده مرة وبيد هؤلاء أخرى فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضاً فكان الحفظ بايديهم داخلا تحت العقد دلالة وكذا له ان يرد الوديعة على أيديهم حتى لوهلكت قبل الوصول الى المالك لا ضمان عليه لان يدهم يد المودع معنى فمادام المال فى أيديهم كان محفوظا بحفظه وليس له أن يدفع الوديعة الى غيرهم الا لعذر حتى لودفع تدخل فى ضمانه لان المالك مارضى بيده الا يرى انه لا يرضى مال نفسه بيده فاذا دفع فقد صار مخالفا فتدخل الوديعة فى ضمانه الا اذا كان عن عذر بان وقع فى داره حريق أوكان فى السفينة فخاف الغرق فدفعه الى غيره لان الدفع اليه فى هذه الحالة تعين طريقا للحفظ فكان الدفع باذن المالك دلالة فلا يضمن فلو اراد السفر فليس له أن يودع لان السفر ليس بعذر ولو أودعها عند من ليس له أن يودعه فضاعت فى يد الثانى فالضمان على الاول لا على الثانى عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد المالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى فان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثانى وان ضمن الثانى يرجع به على الاول (وجه) قولهما انه وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان أما الاول فلانه دفع مال الغير الى غيره بغير اذنه وأما الثانى فلانه قبض مال الغير بغير اذنه وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فيخير المالك ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى كمودع الغاصب مع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثانى لانه ملك الوديعة باداء الضمان فتبين انه أودع ماله نفسه اياه فهذا مودع هلكت الوديعة فى يده فلا شئ عليه وان ضمن الثانى يرجع بالضمان على الاول لان الاول غره بالايداع فيلزمه ضمان الغرور وكانه كفل عنه بما يلزمه من العهدة فى هذا العقد اذ ضمان الغرور ضمان كفالة ما علم (وجه) قول أبى حنيفة ان يد المودع الثانى ليست بيد مانعة بل هى يد حفظ وصيانة الوديعة عن اسباب الهلاك فلا يصلح ان يكون سبباً لوجوب الضمان لانه من باب الاحسان الى المالك قال الله تعالى جل شأنه ما على المحسنين من سبيل وكان ينبغى ان لا يجب الضمان على الاول ايضاً لان الايداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له فكان محسناً فيه الا انه صار مخصوصاً عن النص فبقى المودع الثانى على ظاهره ولو أودع غيره وادعى انه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك الا ببينة عند أبى يوسف وهو قياس قول أبى حنيفة رحمه الله كذا ذكر الشيخ القدورى رحمه الله لان الدفع الى غيره سبب لوجوب الضمان فى الاصل فدعوى الضرورة دعوى أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق الا بحجة هذا اذا هلكت الوديعة فى يد المودع الثانى فاما اذا استهلكها فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى بالاجماع غير انه ان ضمن الاول يرجع بالضمان على الثانى وان ضمن الثانى لا يرجع بالضمان على الاول لان سبب وجوب الضمان وجد من الثانى حقيقة وهو الاستهلاك لوقوعه اعجازاً للمالك عن الانتفاع بماله على طريق القهر ولم يوجد من الاول الا الدفع الى الثانى على طريق الاستحفاظ دون الاعجاز الا انه ألحق ذلك بالاعجاز شرعاً فى حق اختيار التضمين صورة لانه باشر سبب الاعجاز فكان الضمان فى الحقيقة على الثانى لان اقرار الضمان عليه لذلك لم يرجع الاول على الثانى ولم يرجع الثانى على الاول بخلاف مودع الغاصب اذا هلك المغصوب فى يده ان المالك يتخير بين ان يضمن الغاصب أو يضمن المودع فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على المودع وان ضمن المودع يرجع به على الغاصب وقد تقدم الفرق وعلى هذا اذا أودع رجل من رجلين مالا فان كان محتملا للقسمة اقتسماه وحفظ كل واحد منهما نصفه لانه لما أودعه من رجلين فقد استحفظهما جميعاً فلا بد وان تكون الوديعة فى حفظهما جميعاً ولا تتحقق الا بالقسمة ليكون النصف فى يد هذا والنصف فى يد ذاك

والمحل محتمل للقسمة فيقتسمان نصفين ولوسلم أحدهما النصف الى صاحبه فضاعت فمن المسلم نصف الوديعة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يضمن القابض شيئاً بالاجماع ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد منهما ان يسلم الكل الى صاحبه واذا فعل فضاعت لا ضمان عليه بالاجماع وجه قولهما ان المالك لما استحفظها فقد رضي بيد كل واحد منهما على كل الوديعة كما اذا لم تكن الوديعة محتملة للقسمة (وجه) قول أبي حنيفة ان المالك استحفظ كل واحد منهما في بعض الوديعة لا في كلها فكان راضياً بثبوت يد كل واحد منهما على البعض دون الكل وهذا لما ذكرنا انه لما استحفظهما جميعاً فلا بد ان يكون المال في حفظهما جميعاً ولا يمكن ان يكون كله في يد كل واحد منهما للاستحالة فيقسم ليكون النصف في يد أحدهما والنصف في يد الآخر فاذا كان المحل محتملا للقسمة لم يكن راضياً بكون الكل في يد أحدهما فاذا فعل فقد خالفه فدخل في ضمانه فاذا ضاع ضمن بخلاف ما اذا لم يكن محتملا للقسمة لانه اذا لم يحتمل تعذر ان يكون كله في حفظ كل واحد منهما على التوزيع في زمان واحد فكان راضياً بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين على التهايئ فلم يصر مخالفاً بالدفع فهو الفرق وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا المرتهنان والوكيلان بالشراء اذا كان المرهون والمشترى مما يحتمل القسمة فسلمه أحدهما الى صاحبه وأما الثاني وهو الكلام فيما فيه تحفظ الوديعة فان كان العقد مطلقاً فله ان يحفظها فيما يحفظ فيه مال نفسه من داره وحانوته وكيسه وصندوقه لانه ما التزم حفظها الا فيما يحفظ فيه مال نفسه وليس له ان يحفظ في حرز غيره لان حرز غيره في يد ذلك الغير ولا يملك الحفظ بيده فلا يملكه بما في يده أيضاً الا اذا استأجر حرزاً لنفسه فله ان يحفظ فيه لان الحرز في يده فما في الحرز يكون في يده أيضاً فكان حافظاً بيد نفسه فملك ذلك وله ان يحفظ الحضر والسفر بان يسافر بها عند أبي حنيفة سواء كان للوديعة حمل ومؤنة أو لم يكن وعند أبي يوسف ومحمد ان كان لها حمل ومؤنة لا يملك المسافرة بها وان لم يكن يملك وعند الشافعي رحمه الله لا يملك كيف ما كان أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله ان المسافرة بالوديعة تضييع المال لان المفازة مضيعة قال النبي عليه أفضل التحية المسافر وماله على قلب الا ما وقى الله فكان التحويل اليها تضييعاً فلا يملكه المودع (ولنا) ان الامر بالحفظ صدر مطلقاً عن تعيين المكان فلا يجوز التعيين الا بدليل قوله المفازة مضيعة قلنا ممنوع او نقول اذا كان الطريق مخوفاً أما اذا كان أمناً فلا والكلام فيما اذا كان الطريق أمناً والحديث محمول على ابتداء الاسلام حين كانت الغلبة للكفرة وكانت الطريق مخوفة ونحن به نقول وأما الكلام مع أصحابنا رضي الله عنهم فوجه قولهما ان في المسافرة بماله حمل ومؤنة ضرراً بالمالك لجواز ان يموت المودع في السفر فيحتاج الى الاسترداد من موضع لا يمكنه ذلك الا بحمل ومؤنة عظيمة فيتضرر به ولا كذلك اذا لم يكن لها حمل ومؤنة ولابي حنيفة على نحو ما ذكرنا مع الشافعي رحمه الله ان الامر بالحفظ لا يتعرض لمكان دون مكان ولا يجوز تقييد المطلق من غير دليل قولهما فيه ضرر قلنا هذا النوع من الضرر ليس بغالب فلا يجب دفعه على انه ان كان فهو الذي أضر بنفسه حيث أطلق الامر ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له هذا اذا كان العقد مطلقاً عن شرط في الفصلين جميعاً فاما اذا شرط فيه شرطا نظر فيه ان كان شرطا يمكن اعتباره ويفيد اعتبر والا فلا بيان ذلك اذا أمره بالحفظ وشرط عليه ان يمسكها بيده ليلا ونهاراً ولا يضعها فالشرط باطل حتى لو وضعها في بيته أو فيما يحرز فيه ماله عادة فضاعت لا ضمان عليه لان امساك الوديعة بيده بحيث لا يضعها أصلا غير مقدور له عادة فكان شرطا لا يمكن مراعاته فيلغو ولو امره بالحفظ ونهاه ان يدفعها الى امرأته أو عبده أو ولده الذي هو في عياله أو من يحفظ مال نفسه بيده عادة نظر فيه ان كان لا يجد بداً من الدفع اليه له ان يدفع لانه اذا لم يجد بداً من الدفع اليه كان النهي عن الدفع اليه نهيا عن الحفظ فكان سفها فلا يصح نهيه وان كان يجد بداً من الدفع اليه ليس له ان يدفع ولو دفع يدخل في ضمانه لانه اذا كان له منه بد في الدفع اليه أمكن اعتبار الشرط وهو مفيد لان الايدي في الحفظ متفاوتة والاصل في الشروط اعتبارها ما أمكن ولو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج بها تدخل في ضمانه لانه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد

لان الحفظ فى المصر أكمل من الحفظ فى السفر اذ السفر موضع الخطر الا اذا خاف التلف عليها فاضطر الى الخروج بها فخرج لا تدخل فى ضمانه لان الخروج بها فى هذه الحالة طريق متعين للحفظ كما اذا وقع فى داره حريق أو كان فى سفينة فخاف الغرق فدفعها الى غيره ولو قال له احفظ الوديعة فى دارك هذه فحفظها فى دار له أخرى فان كانت الداران فى الحرز سواء أو كانت الثانية أحرز لا تدخل فى ضمانه لان التقييد غير مفيد وان كانت الاولى أحرز من الثانية دخلت فى ضمانه لان التقييد به عند تفاوت الحرز مفيد وكذلك لو أمره ان يضعها فى داره فى هذه القرية ونهاه عن ان يضعها فى داره فى قرية أخرى فهو على هذا التفصيل ولو قال له اخبأها فى هذا البيت وأشار الى بيت معين فى داره فخبأها فى بيت آخر فى تلك الدار لا تدخل فى ضمانه لان البيتين من دار واحدة لا يختلفان فى الحرز عادة بخلاف الدارين فلا يكون التعيين مفيدا حتى لو تفاوتا بان كان الاول أحرز من الثانى تدخل فى ضمانه والاصل المحفوظ فى هذا الباب ماذكرنا ان كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله تجب مراعاة الشروط فى المواضع كلها حتى ان المأمور بالحفظ فى بيت معين لا يملك الحفظ فى بيت آخر من دار واحدة وجه قوله ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذى أوقعه فلا يترك هذا الاصل الا لضرورة ولم توجد وصار كالدارين والجواب نعم اذا تعلقت به عاقبة حميدة فاما اذا خرج مخرج السفه والعبث فلا لان التعيين عند انعدام التفاوت فى الحرز يجرى مجرى العبث كما اذا قال احفظ بيمينك ولا تحفظ بشمالك أو احفظ فى هذه الزاوية من البيت ولا تحفظ فى الزاوية الاخرى فلا يصح التعيين لانعدام الفائدة حتى لو تفاوتا فى الحرز يصح بخلاف الدارين والاصل فى الدارين اختلاف الحرز فكان التعيين مفيدا حتى لو لم يختلف فالجواب فيهما كالجواب فى البيتين على ما مر

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حال الوديعة فحالها انها فى يد المودع أمانة لان المودع مؤتمن فكانت الوديعة أمانة فى يده ويتعلق بكونها أمانة أحكام منها وجوب الرد عند طلب المالك لقوله تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها حتى لو حبسها بعد الطلب فضاعت ضمن هذا اذا كانت الوديعة لرجل واحد فاما اذا كانت مشاعاً لرجلين فجاء أحدهما وطلب حصته لا يجب عليه الرد بأن أودع رجلان رجلا وديعة دراهم أو دنانير أو ثيابا وغاب ثم جاء أحدهما وطلب بعضها وأبى المستودع ذلك لم يأمر القاضى بدفع شئ اليه ما لم يحضر الغائب عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقسم ذلك ويدفع اليه حصته ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بلا خلاف حتى لو هلك الباقى فى يد المودع ثم جاء الغائب له ان يشارك صاحبه فى المقبوض عندهم جميعا ولو هلك المقبوض فى يد القابض ثم جاء الغائب فليس للقابض ان يشارك صاحبه فى الباقى وجه قولهما ان الآخذ بأخذ حصته متصرف فى ملك نفسه فكان له ذلك من غير حضرة الغائب كما اذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين فانه يدفع اليه حصته لما قلنا كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة ان المودع لو دفع شيأ الى الشريك الحاضر لا يخلو اما ان يدفع اليه من النصيبين جميعا واما أن يدفع اليه من نصيبه خاصة لا وجه الى الاول لان دفع نصيب الغائب اليه ممتنع شرعا ولا سبيل الى الثانى لان نصيبه شائع فى كل الالف لكون الالف مشتركة بينهما ولا يتميز الا بالقسمة والقسمة على الغائب غير جائزة ولو سلمنا ذلك حتى قالا اذا جاء الغائب وقد هلك الباقى له ان يشارك القابض فى المقبوض ولو نفذت القسمة لما شاركه فيه لتميز حقه عن حق صاحبه بالقسمة والقياس على الدين المشترك غير سديد لان الغريم يدفع نصيب أحد الشريكين بدفع مال نفسه لا مال شريكه الغائب وهنا يدفع مال الغائب بغير اذنه فلا يستقيم القياس ولو كان فى يده الف درهم فجاءه رجلان وادعى كل واحد منهما انه أودعه اياها فقال المودع أودعها أحدكما ولست أدرى أيكما هو فهذا فى الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان اصطلح المتداعيان على ان يأخذا الالف وتكون بينهما واما ان لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما ان الالف له خاصة لا لصاحبه فان اصطلحا على ذلك فلهما ذلك وليس للمودع ان يمتنع عن تسليم الالف اليهما لانه أقر ان الالف لاحدهما واذا اصطلحا على انها تكون بينهما لا يمنعان عن ذلك وليس لهما ان يستحلفا

المودع بعد الصلح وان لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما ان الالف له لا يدفع الى أحدهما شيأ لجهالة المقر له بالوديعة ولكل واحد منهما ان يستحلف المودع فان استحلفه كل واحد منهما فالامر لا يخلو اما أن يحلف لكل واحد منهما واما أن ينكل لكل واحد منهما واما ان يحلف لاحدهما و ينكل للآخر فان حلف لهما فقد انقطعت خصومتهما للحال الى وقت اقامة البينة كما فى سائر الاحكام وهل يملكان الاصطلاح على أخذ الالف بينهما بعد الاستحلاف فهو على الاختلاف المعروف بين أبى حنيفة وأبى يوسف و بين محمد على قولهما لا يملكان وعلى قول محمد يملكان وهى مسئلة الصلح بعد الحلف وقد مرت فى كتاب الصلح وان نكل لهما يقضى بالالف بينهما نصفين و يضمن الفا أخرى بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كاملة لان كل واحد منهما يدعى ان كل الالف له فاذا نكل له والنكول بذل أو اقرار فكانه بذل لكل واحد منهما الفا أو أقر لكل واحد منهما بألف فيقضى عليه بينهما بألف و يضمن أيضا الفا أخرى تكون بينهما ليحصل لكل واحد منهما الف كاملة ولو حلف لاحدهما ونكل للآخر قضى بالالف للذى نكل له ولا شىء للذى حلف له لان النكول حجة من نكل له لا حجة من حلف له ومنها وجوب الاداء الى المالك لان الله أمر باداء الامانات الى أهلها وأهلها مالكها حتى لو ردها الى منزل المالك فجعلها فيه أودفعها الى من هو فى عيال المالك دخلت فى ضمانه حتى لوضاعت يضمن بخلاف العارية فان المستعير لوجاء بمتاع العارية وألقاها فى دار المعير أوجاء بالدابة فادخلها فى اصطبله كان ردا صحيحا لان ظاهر النص الذى تلونا أن لا يصح الا انها صارت مخصوصة عن عموم الآيات فبقيت الوديعة على ظاهره ولان القياس فى الموضعين ماذكرنا من لزوم الرد الى المالك الا انا استحسنا فى العارية للعادة الجارية فيها بردها الى بيت المالك أو بدفعها الى من فى عياله حتى لو كانت العارية شيأ نفيسا كعقد جوهر ونحو ذلك لا يصح الرد لانعدام جريان العادة بذلك فى الاشياء النفيسة ولم تجر به العادة فى مال الوديعة فتبقى على أصل القياس ولان مبنى الايداع على الستر والاغفاء عادة فان الانسان انما يودع مال غيره سرا عن الناس لما يتعلق به من المصلحة فلو رده على غير المالك لانكشف اذ السر اذا جاوز اثنين يفشو فيفوت المعنى المجعول له الايداع بخلاف العارية لان مبناها على الاعلان والاظهار لانها شرعت لحاجة المستعير الى استعمالها فى حوائجه ولا يمكنه الاستعمال سرا عن الناس عادة والرد الى غير المالك لا يفوت ما شرع له العارية فهو الفرق ومنها انه اذا ضاعت فى يد المودع بغير صنعه لا يضمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المستعير غير المغل الضمان ولا على المستودع غير المغل الضمان ولان يده يد المالك فالهلاك فى يده كالهلاك فى يد المالك وكذلك اذا دخلها نقص لان النقصان هلاك بعض الوديعة وهلاك الكل لا يوجب الضمان فهلاك البعض أولى ومنها ان المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلكت أو قال رددتها اليك وقال المالك بل استهلكتها فالقول قول المودع لان المالك يدعى على الامين أمرا عارضا وهو التعدى والمودع مستصحب لحال الامانة فكان متمسكا بالاصل فكان القول قوله لكن مع اليمين لان التهمة قائمة فيستحلف دفعا للتهمة وكذلك اذا قال المودع استهلكت من غير اذنى وقال المودع بل استهلكتها أنت أو غيرك بأمرك أن القول قول المودع لما قلنا ولو قال انها قد ضاعت ثم قال بعد ذلك بل كنت رددتها اليك لكنى أوهمت لم يصدق وهو ضامن لانه نفى الرد بدعوى الهلاك ونفى الهلاك بدعوى الرد فصار نافيا ما أثبته مثبتا ما نفاه وهذا تناقض فلا تسمع منه دعوى الضياع والرد لان المناقض لا قول له ولانه لما ادعى دعوتين وأكذب نفسه فى كل واحدة منهما فقد ذهبت أمانته فلا يقبل قوله

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الامانة الى الضمان فانواع منها ترك الحفظ لانه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت يضمن بدلها وذلك بطريق الكفالة ولهذا لو رأى انسانا يسرق الوديعة وهو قادر على منعه ضمن لترك الحفظ الملتزم بالعقد وهو معنى قول مشايخنا ان المودع يؤخذ بضمان العقد ومنها ترك الحفظ للمالك بان خالفه فى الوديعة بان كانت الوديعة ثوبا فلبسه أو دابة فركبها أو عبدا فاستعمله أو أودعها من ليس فى

عياله ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة لان الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك فاذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك فدخلت فى ضمانه وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى انه منع دخول العين فى ضمانها فى المناظرة حين قدم بخارى وسئل عن هذه المسألة وهذا خلاف اطلاق الكتاب فانه قال يبرأ عن الضمان والبراءة عن الضمان بعد الدخول فى الضمان تكون وكذلك المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلكت الوديعة أو رددتها اليك وقال المالك استهلكتها ان كان قبل الخلاف فالقول قول المودع وان كان بعده فالقول قول المالك ونحو ذلك مما يدل على دخول الوديعة فى ضمانه بالخلاف وان خالف فى الوديعة ثم عاد الوفاق يبرأ عن الضمان عند علمائنا الثلاثة وعند زفر والشافعى لا يبرأ عن الضمان وجه قولهما ان الوديعة لما دخلت فى ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد فلا يعود الا بالتجديد ولم يوجد فصار كما لو جحد الوديعة ثم أقر بها وكذلك المستعير والمستأجر اذا خالفا ثم عادا الى الوفاق لا يبرآن عن الضمان لما قلنا كذا هذا ولنا انه بعد الخلاف مودع والمودع اذا هلكت الوديعة من غير صنعه لا ضمان عليه كما قبل الخلاف ودلالة انه بعد الخلاف مودع أن المودع من يحفظ مال غيره له بأمره وهو بعد الخلاف والاشتغال بالحفظ حافظ مال المالك له بامره لان الامر تناول ما بعد الخلاف قوله الوديعة دخلت فى ضمان المودع فيرتفع العقد قلنا معنى الدخول فى ضمان المودع انه انعقد سبب وجوب الضمان موقوفا وجوبه على وجود شرطه وهو الهلاك فى حالة الخلاف لكن هذا لم يوجب ارتفاع العقد أليس ان من وكل انسانا ببيع عبده بالفى درهم فباعه بألف وسلمه الى المشترى دخل العبد فى ضمانه لانعقاد سبب وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير الى غيره من غير اذنه ومع ذلك بقى العقد حتى لو أخذه كان له بيعه بالفين كذا هذا على أنا ان سلمنا ان العقد انفسخ لكن فى قدر ما فات من حقه وحكمه وهو الحفظ الملتزم للمالك فى زمان الخلاف لا فيما بقى فى المستقبل كما اذا استحفظه باجر كل شهر بكذا وترك الحفظ فى بعض الشهر ثم اشتغل به فى الباقى بقى العقد فى الباقى يستحق الاجرة بقدره والجامع بينهما أن الارتفاع لضرورة فوات حكم العقد فلا يظهر الا فى قدر الفائت بخلاف الاجارة والاعارة لان الاجارة تمليك المنفعة وهى تمليك منافع مقدرة بالمكان أو الزمان فاذا بلغ المكان المذكور فقد انتهى العقد لانتهاء حكمه فلا يعود الا بالتجديد وكذا الاعارة لانها تمليك المنفعة عندنا الا انها تمليك المنفعة بغير عوض والاجارة تمليك المنفعة بعوض وأما حكم عقد الوديعة فلزوم الحفظ للمالك مطلقا أو شهرا وزمان ما بعد الخلاف داخل فى المطلق والوقت فلا ينقضى بالخلاف بل يتقرر فهو الفرق ومنها جحود الوديعة فى وجه المالك عند طلبه حتى لو قامت البينة على الايداع أو نكل المودع عن اليمين أو أقر به دخلت فى ضمانه لان العقد لما ظهر بالحجة فقد ظهر ارتفاعه بالجحود أو عنده لان المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد فبقى مال الغير فى يده بغير اذنه فيكون مضمونا عليه فاذا هلك تقرر الضمان ولو جحد الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود أو قبل الجحود أو مطلقا فان أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود أو مطلقا لا ينتفع ببينته لان العقد ارتفع بالجحود أو عنده فدخلت العين فى ضمانه والهلاك بعد ذلك يقرر الضمان لا ان يسقطه وان أقام البينة على انها هلكت قبل الجحود تسمع بينته ولا ضمان عليه لان الهلاك قبل الجحود لما ثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الجحود فلا يرتفع بالجحود فظهر ان الوديعة هلكت من غير صنعه فلا يضمن ولو ادعى الهلاك قبل الجحود ولا بينة له وطلب اليمين من المودع حلفه القاضى بالله تعالى ما يعلم انها هلكت قبل جحوده لانه الاصل فى باب الاستحلاف أن الذى يستحلف عليه لو كان أمرا لو أقر به الحالف للزمه فاذا أنكر يستحلف وهنا كذلك لان المالك لو أقر بالهلاك قبل الجحود لقبل منه ويسقط الضمان عن المودع فاذا أنكر يستحلف لكن على العلم لانه يستحلف على فعل غيره هذا اذا جحد حال حضرة المالك فان جحد عند غير المالك حال غيبته قال أبو يوسف لا يضمن وقال زفر رحمه الله يضمن فى الحالين جميعا وجه قول زفر ان ما هو سبب وجوب الضمان لا يختلف بالحضرة والغيبة كسائر الاسباب وجه قول

أبي يوسف ان الجحود سبب للضمان من حيث انه يرفع العقد بالعزل على ما بينا ولا يصح العزل حالة الغيبة فلا يرتفع العقد ولان الجحود عند غير المالك حال غيبته معدود من باب الحفظ والصيانة عرفا وعادة لان مبنى الايداع على الستر والاخفاء فكان الجحود عند غير المالك حال غيبته حفظا معنى فكيف يكون سببا لوجوب الضمان ومنها الاتلاف حقيقة أو معنى وهو اعجاز المالك عن الانتفاع بالوديعة لان اتلاف مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان حتى لو طلب الوديعة فمنعها المودع مع القدرة على الدفع والتسليم اليه حتى هلكت يضمن لانه لما حبسها عنه عجز عن الانتفاع بها للحال فدخلت في ضمانه فاذا هلكت تقرر العجز فيجب الضمان ولو أمر غيره بالاتلاف وادعى انه كان باذن المالك لا يصدق الا ببينة لان الاتلاف سبب لوجوب الضمان في الاصل وقوله كان باذن المالك دعوى أمر عارض فلا تقبل الا بحجة وكذلك المودع اذا خلط الوديعة بماله خلطا لا يتميز يضمن لانه اذا كان لا يتميز فقد عجز المالك من الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه اتلافا فيضمن ويصير ملكا بالضمان وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمودع اسوة الغرماء فيه ولو اختلطت بماله بنفسها من غير صنعه لا يضمن وهو شريك لصاحبها أما عدم وجوب الضمان فلانعدام الاتلاف منه بل تلفت بنفسها لانعدام الفعل من جهته وأما كونه شريكا لصاحبها فلوجود معنى الشركة وهو اختلاط الملكين ولو أودعه رجلان كل واحد منهما الف درهم فخلط المودع المالين خلطا لا يتميز فلا سبيل لهما على أخذ الدراهم ويضمن المودع لكل واحد منهما الفا ويكون المخلوط له وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هما بالخيار ان شاآ اقتسما المخلوط نصفين وان شاآ ضمنا المودع الفين وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات والموزونات اذا خلطا الجنس بالجنس خلطا لا يتميز كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن وجه قولهما ان الوديعة قائمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول اليها بعارض الخلط فان شاآ اقتسما لاعتبار جهة القيام وان شاآ ضمنا لاعتبار جهة العجز وجه قول أبي حنيفة رحمه الله انه لما خلطهما خلطا لا يتميز فقد عجز كل واحد منهما عن الانتفاع بالمخلوط فكان الخلط منه اتلاف الوديعة عن كل واحد منهما فيضمن ولهذا يثبت اختيار التضمين عندهما واختيار التضمين لا يثبت الا بوجود الاتلاف دل ان الخلط منه وقع اتلافا ولو أودعه رجل حنطة وآخر شعيرا فخلطهما فهو ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبي حنيفة لان الخلط اتلاف وعندهما لهما ان يأخذا العين ويبيعاها ويقتسما الثمن على قيمة الحنطة مخلوطا بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لان قيمة الحنطة تنقص بخلط الشعير وهو يستحق الثمن لقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير لان قيمة الشعير تزداد بالخلط بالحنطة وتلك الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير ولو أنفق المودع بعض الوديعة ضمن قدر ما انفق ولا يضمن الباقي لانه لم يوجد منه الا اتلاف قدر ما أنفق ولو رد مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود اتلاف الكل منه النصف بالاتلاف والنصف الباقي بالخلط لكون الخلط اتلافا على ما بينا ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينفقها فلم ينفقها ثم ردها الى موضعها بعد أيام فضاعت لا ضمان عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن وجه قوله انه أخذها على وجه التعدي فيضمن كما لو انتفع بها (ولنا) ان نفس الاخذ ليس باتلاف ونية الاتلاف ليس باتلاف فلا توجب الضمان والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تبارك وتعالى عز شأنه عفا عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم يتكلموا أو يفعلوا ظاهر الحديث يقتضى أن يكون ما حدثت به النفس عفوا على العموم الا ما خص بدليل وعلى هذا الخلاف اذا أودعه كيسا مسدودا فحله المستودع أو صندوقا مقفلا ففتح القفل ولم يأخذ منه شيأ حتى ضاع أو مات المودع فان كانت الوديعة قائمة بعينها ترد على صاحبها لان هذا عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وان كانت لا تعرف بعينها فهي دين في تركته يحاص الغرماء لانه لما مات مجهلا للوديعة فقد أتلفها معنى لخروجها من ان تكون منتفعا بها في حق المالك بالتجهيل وهو تفسير الاتلاف ولو قالت الورثة انها هلكت أو ردت على المالك لا يصدقون على ذلك لان الموت مجهلا سبب لوجوب الضمان لكونه اتلافا فكان

دعوى الهلاك والرد دعوى أمر عارض فلا يقبل الا بحجة ويحاص المودع الغرماء لانه دين الاستهلاك على ماذكرنا فيساوى دين الصحة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب العارية ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن العارية وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم العقد وفى بيان ما يملكه المستعير من التصرف فى المستعار ومالا يملكه وفى بيان صفة الحكم وفى بيان حال المستعار وفى بيان ما يوجب تغير حاله أما ركنها فهو الايجاب من المعير وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحسانا والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر كما فى الهبة حتى ان من حلف لا يعير فلانا فاعاره ولم يقبل يحنث كما اذا حلف لا يهب فلانا شيأ فوهبه ولم يقبل وهى مسئلة كتاب الهبة والايجاب هو ان يقول أعرتك هذا الشئ أو منحتك هذا الثوب أو هذه الدار أو أطعمتك هذه الارض أو هذه الارض لك طعمة أو أخدمتك هذا العبد أو هذا العبد لك خدمة أو حملتك على هذه الدابة اذا لم ينو به الهبة أو دارى لك سكنى أو دارى لك عمرى سكنى أما لفظ الاعارة فصريح فى بابها وأما المنحة فهى اسم للعطية التى ينتفع الانسان بها زمانا ثم يردها على صاحبها وهو معنى العارية قال النبى عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة ومنحة الارض زراعتها قال النبى عليه الصلاة والسلام ازرعها أو امنحها أخاك وكذا الاطعام المضاف الى الارض هو اطعام منافعها التى تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفا وعادة وهو معنى العارية وأما اخدام العبد اياه فجعل خدمته بغير عوض وهو تفسير العارية وكذا قوله دارى لك سكنى أو عمرى سكنى هو جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منفعتها المطلوبة منها عادة فقد أتى بمعنى الاعارة وأما قوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الاعارة والهبة فاى ذلك نوى فهو على مانوى لانه نوى ما يحتمل لفظه وعند الاطلاق ينصرف الى العارية لانها أدنى فكان الحمل عليها أولى ولو قال دارى لك رقبى أو حبس فهو عارية عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف هبة وقوله رقبى أو حبس باطل وهى مسئلة كتاب الهبة

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط التى يصير الركن بها اعارة شرعا فأنواع منها العقل فلا تصح الاعارة من المجنون والصبى الذى لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح الاعارة من الصبى المأذون لانها من توابع التجارة وانه يملك التجارة فيملك ما هو من توابعها وعند الشافعى لا يملك وهى مسئلة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط فيملكها العبد المأذون لانها من توابع التجارة فيملك بملك ذلك ومنها القبض من المستعير لان الاعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض كالهبة ومنها ان يكون المستعار مما يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه فان لم يكن لا تصح اعارته لان حكم العقد ثبت فى المنفعة لا فى العين الا اذا كانت ملحقة بالمنفعة على ما نذكره فى موضعه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم العقد فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان أصل الحكم والثانى فى بيان صفته أما الاول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفا وعادة عندنا وعند الشافعى اباحة المنفعة حتى يملك المستعير الاعارة عندنا فى الجملة كالمستأجر يملك الاجارة وعنده لا يملكها أصلا كالمباح له الطعام لا يملك الاباحة من غيره وجه قول الشافعى دلالة الاجماع والمعقول اما الاجماع فلجواز العقد من غير أجل ولو كان تمليك المنفعة لما جاز من غير أجل كالاجارة وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت الملك له فى المنفعة لملك كالمستأجر وأما المعقول فهو أن القياس يأبى تمليك المنفعة لان بيع المعدوم لانعدام المنفعة حالة العقد والمعدوم لا يحتمل البيع لانه بيع ماليس عند الانسان وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه الا انها جعلت موجودة عند العقد فى باب الاجارة حكما للضرورة ولا ضرورة الى الاعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم (ولنا) أن المعير سلطه على تحصيل المنافع وصرفها الى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط على هذا الوجه يكون تمليكا لا اباحة كما فى الاعيان وانما

صح من غير أجل لان بيان الاجل للتحرز عن الجهالة المفضية الى المنازعة والجهالة فى باب العارية لا تفضى الى المنازعة لانها عقد جائز غير لازم ولهذا المعنى لا يملك الاجارة لانها عقد لازم والاعارة عقد غير لازم فلو ملك الاجارة لكان فيه اثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم أو سلب صفة اللزوم عن اللازم وكل ذلك باطل وقوله المنافع منعدمة عند العقد قلنا نعم لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما فى الاجارة وهذا الان العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف الى حين وجود المنفعة فلا ينعقد فى حق الحكم الا عند وجود المنفعة شيأ فشيأ على حسب حدوثها فلم يكن بيع المعدوم ولا بيع ما ليس عند الانسان وعلى هذا تخرج اعارة الدراهم والدنانير انها تكون قرضا لا اعارة لان الاعارة لما كانت تمليك المنفعة أو اباحة المنفعة على اختلاف الاصلين ولا يمكن الانتفاع الا باستهلاكها ولا سبيل الى ذلك الا بالتصرف فى العين لا فى المنفعة ولا يمكن تصحيحها اعارة حقيقية فتصحح قرضا مجازا لوجود معنى الاعارة فيه حتى لو استعار حليا ليتجمل به صح لانه يمكن الانتفاع به من غير استهلاك بالتجمل فامكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة الى الحمل على المجاز وكذا اعارة كل ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيلات والموزونات يكون قرضا لا اعارة لما ذكرنا ان محل حكم الاعارة المنفعة لا بالعين الا اذا كان ملحقا بالمنفعة عرفا وعادة كما اذا منح انسانا شاة أو ناقة لينتفع بلبنها و وبرها مدة ثم يردها على صاحبها لان ذلك معدود من المنافع عرفا وعادة فكان له حكم المنفعة وقد روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال هل من أحد يمنح من ابله ناقة أهل بيت لا درلهم وهذا يجرى مجرى الترغيب كمن منح منحة ورق أو منحة لبس كان له بعدل رقبة وكذا لو منح جديا أو عناقا كان عارية لانه يعرض أن ينتفع بلبنه وصوفه ويتصل بهذا الفصل بيان ما يملكه المستعير من التصرف فى المستعار وما لا يملكه فنقول و بالله التوفيق جملة الكلام فيه ان عقد الاعارة لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا بان اعار دابته انسانا ولم يسم مكانا ولا زمانا ولا الركوب ولا الحمل فله ان يستعملها فى أى مكان وزمان شاء وله ان يركب أو يحمل لان الاصل فى المطلق ان يجرى على اطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقا فكان له أن يستوفيها على الوجه الذى ملكها الا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطيق بمثل هذا الحمل ولا يستعملها ليلا ونهارا ما لا يستعمل مثلها من الداب لذلك عادة حتى لو فعل فعطبت يضمن لان العقد وان خرج مخرج الاطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصاً وله أن يعير العارية عندنا سواء كانت العارية مما يتفاوت فى استيفاء المنفعة أولا لان اطلاق العقد يقتضى ثبوت الملك للمستعير فكان هو فى التمليك من غيره على الوجه الذى ملكه متصرفا فى ملك نفسه الا أنه لا يملك الاجارة لما قلنا فان آجر وسلم الى المستأجر ضمن لانه دفع مال الغير اليه بغير اذنه فصار غاصباً فان شاء ضمنه وان شاء ضمن المستأجر لانه قبض مال الغير بغير اذنه كالمشترى من الغاصب الا أنه اذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر فان كان عالما بكونها عارية فى يده لا يرجع على المستعير وان لم يكن عالما بذلك يرجع عليه لانه اذا لم يعلم به فقد صار مغرورا من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة فى الحقيقة واذا كان عالما لم يصر مغرورا من جهته فلا يرجع عليه. وهل يملك الايداع اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق يملك وهو قول بعض مشايخنا لانه يملك الاعارة فالايداع أولى لانها دون الاعارة وقال بعضهم لا يملك استدلالا بمسئلة مذكورة فى الجامع الصغير وهى أن المستعير اذا رد العارية على يد أجنبى ضمن ومعلوم أن الرد على يده ايداع اياه و لو ملك الايداع لما ضمن وان كان مقيدا فيراعى فيه القيد ما امكن لان أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذى تصرف الا اذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك فلغا الوصف لان ذلك يجرى مجرى العبث ثم انما يراعى القيد فيما دخل لا فيما لم يدخل لان المطلق اذا قيد ببعض الاوصاف يبقى مطلقاً فيما وراءه فيراعى عند الاطلاق فيما وراءه بيان هذه الجملة فى مسائل اذا أعار انسانا دابة على أن يركبها المستعير بنفسه ليس له أن يعيرها من غيره وكذلك اذا أعاره ثوبا

على أن يلبسه بنفسه لما ذكرنا أن الاصل فى المقيد اعتبار القيد فيه الا اذا تعذر اعتباره واعتبار هذا القيد ممكن لانه مقيد لتفاوت الناس فى استعمال الدواب والثياب ركوبا ولبساً فلزم اعتبار القيد فيه فان فعل حتى هلك ضمن لانه خالف وان ركب بنفسه وأردف غيره فعطبت فان كانت الدابة مما تطيق حملهما جميعاً يضمن نصف قيمة الدابة لانه لم يخالف الا فى قدر النصف وان كانت الدابة مما لا تطيق حملهما ضمن جميع قيمتها لانه استهلكها ولو أعاره دارا ليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره لان المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون فيه عادة فلم يكن التقييد بسكناه مفيدا فيلغو الا اذا كان الذى يسكنها اياه حدادا أو قصارا ونحوهما ممن يوهن عليه البناء فليس له أن يسكنها اياه ولا أن يعمل بنفسه ذلك لان المعير لا يرضى به عادة والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما فى الاجارة ولو أعاره دابة على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة لان الحنطة أثقل من الشعير فكان اعتبار القيد مفيدا فيعتبر ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فله أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أودخنا أو أرزا أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك حتى انها لو عطبت لا يضمن استحسانا والقياس أن يضمن وهو قول زفر لانه خالف وجواب الاستحسان أن هذا وان كان خلافا صورة فليس بخلاف معنى لان المالك يكون راضيا به دلالة فلم يكن التقييد بالحنطة مفيدا وصار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره فانه لا يكون مخالفا حتى لا يضمن كذا هذا ولو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ليس له أن يحمل عليها حطباً أو تبناً أو آجرا أو حديدا أو حجارة سواء كان مثلها فى الوزن أو أخف لان ذلك أشق على الدابة أو أنكى لظهرها أو أعقر ولو فعل حتى عطبت ضمن ولو قال على ان يحمل عليها مائة من قطنا فحمل عليها مثله من الحديد وزنا فعطبت يضمن لان القطن ينبسط على ظهر الدابة فكان ضرورته أقل من الحديد لانه يكون فى موضع واحد فكان ضرره بالدابة أكثر والرضا بادنى الضررين لا يكون رضا باعلاهما فكان التقييد مفيدا فيلزم اعتباره ولو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى فى القدر فعطبت نظر فى ذلك فان كانت الزيادة مما لا تطيق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها لان حمل ما لا تطيق الدابة اتلاف للدابة وان كانت الدابة مما تطيق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختوما فعطبت يضمن جزأ من احد عشر جزأ من قيمتها لانه لم يتلف منها الا هذا القدر ولو قيدها بالمكان بان قال على ان تستعملها فى مكان كذا فى المصر يتقيد به وله ان يستعملها فى أى وقت شاء باى شىء شاء لان التقييد لم يوجد الا بالمكان فبقى مطلقا فيما وراءه لكنه لا يملك ان يجاوز ذلك المكان حتى لو جاوزه دخل فى ضمانه ولو أعادها الى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان حتى لو هلكت من قبل التسليم الى المالك يضمن وهذا قول أبى حنيفة عليه الرحمة الآخر وكان يقول أولا يبرأ عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ثم رجع ووجه الفرق بين العارية والوديعة قد ذكرناه فى كتاب الوديعة وكذلك لو قيدها بالزمان بان قال على ان يستعملها يوماً يبقى مطلقا فيما وراءه لكنه يتقيد بالزمان حتى لو مضى اليوم ولم يردها على المالك حتى هلكت يضمن لما قلنا وكذلك لو قيدها بالحمل وكذلك لو قيدها بالاستعمال بان قال على ان يستعملها حتى لو أمسكها ولم يستعملها حتى هلكت يضمن لان الامساك منه خلاف فيوجب الضمان ولو اختلف المعير أو المستعير فى الايام أو المكان أو فيما يحمل عليها فالقول قول المعير لان المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول فى المقدار والتعيين قوله لكن مع اليمين دفعا للتهمة

﴿فصل﴾ وأما صفة الحكم فهى ان الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم لانه ملك لا يقابله عوض فلا يكون لازما كالملك الثابت بالهبة فكان للمعير ان يرجع فى العارية سواء أطلق العارية أو وقت لها وقتاً وعلى هذا اذا استعار من آخر أرضاً ليبنى عليها أو ليغرس فيها ثم بدا للمالك ان يخرجه فله ذلك سواء كانت العارية مطلقة أو موقتة لما قلنا غير انها ان

كانت مطلقة له ان يجبر المستعير على قلع الغرس و نقض البناء لان فى الترك ضرراً بالمعير لانه لا نهاية له واذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس والبناء لانه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور ولا غرور من جهته حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتاً فاخرجه قبل الوقت بل هو الذى غر نفسه حيث حمل المطلق على الابد وان كانت موقتة فاخرجه قبل الوقت لم يكن له ان يخرجه ولا يجبر على النقض والقلع والمستعير بالخيار ان شاء ضمن صاحب الارض قيمة غرسه و بنائه قائماً سليما وترك ذلك عليه لانه لما وقت للعارية وقتاً ثم أخرجه قبل الوقت فقد غره فصار كفيلا عنه فيما يلزمه من العهدة اذ ضمان الغرور كفالة فكان له أن يرجع عليه بالضمان و يملك صاحب الارض البناء والغرس باداء الضمان لان هذا حكم المضمونات انها تملك باداء الضمان وان شاء أخذ غرسه و بناءه ولا شئ على صاحب الارض ثم انما ثبت خيار القلع والنقض للمستعير اذا لم يكن القلع أو النقض مضراً بالارض فان كان مضراً بها فالخيار للمالك لان الارض أصل والبناء والغرس تابع لها فكان المالك صاحب أصل والمستعير صاحب تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل أولى ان شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة وان شاء رضى بالقلع والنقض هذا اذا استعار أرضاً للغرس أو البناء فاما اذا استعار أرضاً للزراعة فزرعها ثم أراد صاحب الارض ان يأخذها لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع بل يترك فى يده الى وقت الحصاد باجر المثل استحسانا فى القياس ان يكون له ذلك كما فى البناء والغرس ووجه الفرق للاستحسان ان النظر من الجانبين ورعاية الحقين واجب عند الامكان وذلك ممكن فى الزرع لان ادراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين جانب المستعير لا شك فيه وجانب المالك بالترك الى وقت الحصاد بالاجر ولا يمكن فى الغرس والبناء لانه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الاصل أولى وقالوا فى باب الاجارة اذا انقضت المدة والزرع بقل لم يستحصد انه يترك فى يد المستأجر الى وقت الحصاد باجر المثل كما فى العارية لما قلنا بخلاف باب الغصب لان الترك للنظر والغاصب جان فلا يستحق النظر بل يجبر على القلع

﴿فصل﴾ واما بيان حال المستعار فحاله انه أمانة فى يد المستعير فى حال الاستعمال بالاجماع فاما فى غير حال الاستعمال فكذلك عندنا وعند الشافعى رحمه الله مضمون واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان درعا يوم حنين فقال صفوان اغصبا يا محمد فقال عليه الصلاة والسلام بل عارية مضمونة ولان العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب وهذا لان العين اسم للصورة والمعنى و بالهلاك ان عجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى لان قيمة الشيء معناه فيجب عليه رده بمعناه كما فى الغصب ولانه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضمونا عليه كالمقبوض على سوم الشراء (ولنا) انه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والاجارة وانما قلنا ذلك لان الضمان لا يجب على المرء بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهراً هو العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان اما العقد فلانه عقد تبرع بالمنفعة تمليكاً أو اباحة على اختلاف الاصلين واما القبض فلوجهين أحدهما ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فبالاذن أولى وهذا لان قبض مال الغير بغير اذنه هو اثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيانته عن الهلاك وهذا احسان فى حق المالك قال الله تبارك وتعالى جل شأنه هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال تبارك وتعالى ما على المحسنين من سبيل دل ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فمع الاذن أولى الثانى ان القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً لانه لا يفوت يد المالك ولا ضمان الا على المتعدى قال الله تبارك وتعالى ولا عدوان الا على الظالمين بخلاف قبض الغصب وأما الاستدلال بضمان الرد قلنا ان وجب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها وقوله قيمتها معناها قلنا ممنوع وهذا لان القيمة هى الدراهم والدنانير والدراهم والدنانير عين أخرى لها صورة ومعنى غير العين الاولى فالعجز عن رد احد العينين لم يوجب رد العين الاخرى وفى باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق آخر وهو اتلاف المغصوب معنى لما علم وهنا لم يوجد حتى لو وجد يجب الضمان

ثم نقول انما وجب عليه ضمان الرد لان العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب بقى العين فى يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه وعندنا اذا هلكت فى تلك الحالة ضمن واما قوله قبض مال الغير لنفسه فنعم لكن قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان لما ذكرنا فمع الاذن أولى والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطى بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم ولا حجة له فى حديث صفوان لان الرواية قد اختلفت فقد روى انه هرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فارسل اليه فأمنه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حنيناً فقال هل عندك شىء من السلاح فقال عارية أو غصباً فقال عليه الصلاة والسلام عارية فاعاره ولم يذكر فيه الضمان والحادثة حادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا احداهما فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج مع انه ان ثبت فيحتمل ضمان الرد وبه نقول فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال يؤيد ما قلنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العارية مؤداة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يوجب تغير حالها فالذى يغير حال المستعار من الامانة الى الضمان ماهو المغير حال الوديعة وهو الاتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة وبترك الحفظ وبالخلاف حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن لانه واجب الرد فى هاتين الحالتين لقوله عليه الصلاة والسلام العارية مؤداة وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولان حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب فصارت العين فى يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه ولو رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من فى عياله أو مع عبد المعير أو ردها بنفسه الى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحساناً والقياس أن يضمن كما فى الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهما فى كتاب الوديعة وكذا اذا ترك الحفظ حتى ضاعت وكذا اذا خالف الا أن فى باب الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وهنا لا يبرأ وقد تقدم الفرق فى كتاب الوديعة ولو تصرف المستعير وادعى ان المالك قد أذن له بذلك وجحد المالك فالقول قول المالك حتى يقوم للمستعير على ذلك بينة لان التصرف منه سبب لوجوب الضمان فى الاصل فدعوى الاذن منه دعوى أمر عارض فلا تسمع الا بدليل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الوقف والصدقة ﴾

أما الوقف فالكلام فيه فى مواضع فى بيان جواز الوقف وكيفيته وفى بيان شرائط الجواز وفى بيان حكم الوقف الجائز وما يتصل به (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف بين العلماء فى جواز الوقف فى حق وجوب التصدق بالفرع ما دام الواقف حياً حتى ان من وقف داره أو أرضه يلزمه التصدق بغلة الدار والارض ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة ولا خلاف أيضاً فى جوازه فى حق زوال ملك الرقبة اذا اتصل به قضاء القاضى أو اضافه الى ما بعد الموت بأن قال اذا مت فقد جعلت دارى أو أرضى وقفاً على كذا أو قال هو وقف فى حياتى صدقة بعد وفاتى واختلفوا فى جوازه مزيلا للملك الرقبة اذا لم توجد الاضافة الى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم حاكم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته واذا مات يصير ميراثاً لورثته وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء رضى الله تعالى عنهم يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة لا فرق بين ما اذا وقف فى حالة الصحة وبين ما اذا وقف فى حالة المرض حتى لا يجوز عنده فى الحالين جميعاً اذا لم توجد الاضافة ولا حكم الحاكم وروى الطحاوى عنه انه اذا وقف فى حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية بعد وفاته وأما عندهما فهو جائز فى الصحة والمرض وعلى هذا الخلاف اذا بنى رباطاً أو خاناً للمجتازين أو سقاية للمسلمين أو جعل أرضه مقبرة لا تزول رقبة هذه الاشياء عن ملكه عند أبى حنيفة الا اذا أضافه الى ما بعد الموت أو حكم به حاكم وعندهما

يزول

يزول بدون ذلك لكن عند أبي يوسف بنفس القول وعند محمد بواسطة التسليم وذلك بسكنى المجتازين في الرباط والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة وأجمعوا على أن من جعل داره أو أرضه مسجداً يجوز وتزول الرقبة عن ملكه لكن عزل الطريق وافرازه والاذن للناس بالصلاة فيه والصلاة شرط عند أبي حنيفة ومحمد حتى كان له أن يرجع قبل ذلك وعند أبي يوسف تزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله جعلته مسجداً وليس له أن يرجع عنه على ما نذكره (وجه) قول العامة الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين وعامة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فانه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف ووقف سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وغيرهم رضي الله عنهم وأكثر الصحابة وقفوا ولان الوقف ليس الا ازالة الملك عن الموقوف وجعله لله تعالى خالصاً فأشبه الاعتاق وجعل الارض أو الدار مسجداً والدليل عليه أنه يصح مضافاً الى ما بعد الموت فيصح منجزاً وكذا لو اتصل به قضاء القاضي يجوز وغير الجائز لا يحتمل الجواز لقضاء القاضي ولابي حنيفة عليه الرحمة ماروي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال لما نزلت سورة النساء وفرضت فيها الفرائض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله تعالى أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته والوقف حبس عن فرائض الله تعالى عز شأنه فكان منفياً شرعاً وعن شريح انه قال جاء محمد ببيع الحبيس وهذا منه رواية عن النبي عليه الصلاة والسلام انه يجوز بيع الموقوف لان الحبيس هو الموقوف فعيل بمعنى المفعول اذ الوقف حبس لغة فكان الموقوف محبوساً فيجوز بيعه وبه تبين ان الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف (وأما) وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم فانما جاز لان المانع من وقوعه حبساً عن فرائض الله عز وجل ودفعه صلى الله عليه وسلم لم يقع حبساً عن فرائض الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) أوقاف الصحابة رضي الله عنهم فما كان منها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتمل انها كانت قبل نزول سورة النساء فلم تقع حبساً عن فرائض الله تعالى وما كان بعد وفاته عليه الصلاة والسلام فاحتمل أن ورثتهم أمضوها بالاجازة وهذا هو الظاهر ولا كلام فيه وانما جاز مضافاً الى ما بعد الموت لانه لما أضافه الى ما بعد الموت فقد أخرجه مخرج الوصية فيجوز كسائر الوصايا لكن جوازه بطريق الوصية لا يدل على جوازه لا بطريق الوصية ألا ترى لو أوصى بثلث ماله للفقراء جاز ولو تصدق بثلث ماله على الفقراء لا يجوز وأما اذا حكم به حاكم فانما جاز لان حكمه صادف محل الاجتهاد وأفضى اجتهاده اليه وقضاء القاضي في موضع الاجتهاد بما أفضى اليه اجتهاده جائز كما في سائر المجتهدات

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الجواز فأنواع بعضها يرجع الى الواقف و بعضها يرجع الى نفس الوقف و بعضها يرجع الموقوف (أما) الذي يرجع الى الواقف فأنواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون لان الوقف من التصرفات الضارة لكونه ازالة الملك بغير عوض والصبي والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والاعتاق ونحو ذلك (ومنها) الحرية فلا يملكه العبد لانه ازالة الملك والعبد ليس من أهل الملك وسواء كان مأذوناً أو محجوراً لان هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة فلا يملكه المأذون كما لا يملك الصدقة والهبة والاعتاق (ومنها) أن يخرجه الواقف من يده و يجعل له قيماً و يسلمه اليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه وقف وكان يتولى أمر وقفه بنفسه وكان في يده وروى عن سيدنا علي رضي الله عنه انه كان يفعل كذلك ولان هذا ازالة الملك لا الى حد فلا يشترط فيه التسليم كالاعتاق ولهما أن الوقف اخراج المال عن الملك على وجه الصدقة فلا يصح بدون التسليم كسائر التصرفات (وأما) وقف سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما فاحتمل انهما أخرجاه عن أيديهما وسلماه الى المتولي بعد ذلك فصح كمن وهب من آخر شيأ أو تصدق أو لم يسلم اليه وقت الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم كذا هذا

ثم التسليم فى الوقف عندهما أن يجعل له قيما ويسلمه اليه وفى المسجد أن يصلى فيه جماعة بأذان واقامة باذنه كذا ذكر القاضى فى شرح الطحاوى وذكر القدورى رحمه الله فى شرحه انه اذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلى واحد كان تسليما ويزول ملكه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهل يشترط أن لا يشرط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيأ عند أبى يوسف ليس بشرط وعند محمد شرط (وجه) قول محمد أن هذا اخراج المال الى الله تعالى وجعله خالصا له وشرط الانتفاع لنفسه يمنع الاخلاص فيمنع جواز الوقف كما اذا جعل أرضه أو داره مسجداً وشرط من منافع ذلك لنفسه شيأ وكما لو أعتق عبده وشرط خدمته لنفسه ولابى يوسف ماروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه وقف وشرط فى وقفه لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف وكان يلى أمر وقفه بنفسه وعن أبى يوسف رحمه الله أن الواقف اذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه الى ما هو أفضل منه يجوز لان شرط البيع شرط لا ينافيه الوقف ألا ترى انه يباع باب المسجد اذا خلق وشجر الوقف اذا يبس (ومنها) أن يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا عند أبى حنيفة ومحمد فان لم يذكر ذلك لم يصح عندهما وعند أبى يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح وان سمى جهة تنقطع ويكون بعدها للفقراء وان لم يسمهم (وجه) قول أبى يوسف انه ثبت الوقف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكرا وتسمية ولان قصد الواقف أن يكون آخره للفقراء وان لم يسمهم هو الظاهر من حاله فكان تسمية هذا الشرط ثابتاً دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً ولهما ان التأبيد شرط جواز الوقف لما نذكر وتسمية جهة تنقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز (وأما) الذى يرجع الى نفس الوقف فهو التأبيد وهو أن يكون مؤبداً حتى لو وقت لم يجز لانه ازالة الملك لا الى حد فلا تحتمل التوقيت كالاعتاق وجعل الدار مسجدا

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى الموقوف فأنواع (منها) أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالعقار ونحوه فلا يجوز وقف المنقول مقصوداً لما ذكرنا ان التأبيد شرط جوازه ووقف المنقول لا يتأبد لكونه على شرف الهلاك فلا يجوز وقفه مقصوداً الا اذا كان تبعاً للعقار بأن وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده فيجوز كذا قاله أبو يوسف وجوازه تبعاً لغيره لا يدل على جوازه مقصوداً كبيع الشرب ومسيل الماء والطريق انه لا يجوز مقصوداً ويجوز تبعاً للارض والدار وان كان شيأ جرت العادة بوقفه كوقف المر والقدوم لحفر القبور ووقف المرجل لتسخين الماء ووقف الجنازة وثيابها ولو وقف أشجاراً قائمة فالقياس أن لا يجوز لانه وقف المنقول وفى الاستحسان يجوز لتعامل الناس ذلك وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولا يجوز وقف الكراع والسلاح فى سبيل الله تعالى عند أبى حنيفة لانه منقول وما جرت العادة به وعند أبى يوسف ومحمد يجوز ويجوز عندهما بيع ما هرم منها أو صار بحال لا ينتفع به فيباع ويرد ثمنه فى مثله كأنهما تركا القياس فى الكراع والسلاح بالنص وهو ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال أما خالد فقد احتبس أكراعا وأفراسا فى سبيل الله تعالى ولا حجة لهما فى الحديث لانه ليس فيه انه وقف ذلك فاحتمل قوله حبسه أى أمسكه للجهاد لا للتجارة (وأما) وقف الكتب فلا يجوز على أصل أبى حنيفة (وأما) على قولهما فقد اختلف المشايخ فيه وحكى عن نصر بن يحيى أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبى حنيفة (ومنها) أن يكون الموقوف مقسوما عند محمد فلا يجوز وقف المشاع وعند أبى يوسف هذا ليس بشرط ويجوز مقسوما كان أو مشاعا لان التسليم شرط الجواز عند محمد والشيوع يخل بالقبض والتسليم وعند أبى يوسف التسليم ليس بشرط أصلا فلا يكون الخلل فيه مانعا وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه ملك مائة سهم بخيبر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم احبس أصلها فدل على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف وجواب محمد رحمه الله يحتمل انه وقف مائة سهم قبل القسمة ويحتمل انه بعدها فلا يكون حجة مع الشك والاحتمال على انه ان ثبت أن الوقف كان قبل القسمة فيحمل انه وقفها شائعا ثم قسم وسلم وقد روى انه فعل كذلك وذلك جائز كما لو وهب مشاعا ثم قسم وسلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الوقف الجائز وما يتصل به فالوقف اذا جاز على اختلاف العلماء فى ذلك فحكمه أنه يزول

الموقوف عن ملك الواقف ولا يدخل في ملك الموقوف عليه لكنه ينتفع بغلته بالتصدق عليه لان الوقف حبس الاصل وتصدق بالفرع والحبس لا يوجب ملك المحبوس كالرهن والواجب أن يبدأ بصرف الفرع الى مصالح الوقف من عمارته واصلاح ماوهى من بنائه وسائر مؤناته التى لا بد منها سواء شرط ذلك الواقف أو لم يشرط لان الوقف صدقة جارية فى سبيل الله تعالى ولا تجرى الا بهذا الطريق ولو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان المنفعة له فكانت المؤنة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان كالعبد الموصى بخدمته ان نفقته على الموصى له بالخدمة لما قلنا كذا هذا فان امتنع من العمارة ولم يقدر عليها بأن كان فقيراً آجرها القاضى وعمرها بالاجرة لان استبقاء الوقف واجب ولا يبقى الا بالعمارة فاذا امتنع عن ذلك أو عجز عنه ناب القاضى منابه فى استبقائه بالاجارة كالعبد والدابة اذا امتنع صاحبها عن الانفاق عليها أنفق القاضى عليها بالاجارة كذا هذا وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم فى عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه الى وقت الحاجة الى عمارته فيصرفه فيها ولا يجوز أن يصرفه الى مستحقى الوقف لان حقهم فى المنفعة والغلة لا فى العين بل هى حق الله تعالى على الخلوص ولو جعل داره مسجداً فخرب جوار المسجد أو استغنى عنه لا يعود الى ملكه و يكون مسجداً أبداً عند أبى يوسف وعند محمد يعود الى ملكه (وجه) قول محمد انه ازال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب الى الله تعالى بمكان يصلى فيه الناس فاذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه فيعود الى ملكه كما لو كفن ميتاً ثم أكله سبع و بقى الكفن يعود الى ملكه كذا هذا ولابى يوسف انه لما جعله مسجداً فقد حرره وجعله خالصاً لله تعالى على الاطلاق وصح ذلك فلا يحتمل العود الى ملكه كالاعتاق بخلاف تكفين الميت لانه ما حرر الكفن وانما دفع حاجة الميت به وهو ستر عورته وقد استغنى عنه فيعود ملكا له وقوله ازال ملكه بوجه وقع الاستغناء عنه قلنا ممنوع فان المجتازين يصلون فيه وكذا احتمال عود العمارة قائم وجهة القربة قد صحت بيقين فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود ولو وقف داراً أو أرضاً على مسجد معين قال بعضهم هو على الاختلاف على قول أبى يوسف يجوز وعلى قول محمد لا يجوز بناء على أن المسجد عند أبى يوسف لا يصير ميراثاً بالخراب وعند محمد يصير ميراثاً وقال أبو بكر الاعمش ينبغى أن يجوز بالاتفاق وقال أبو بكر الاسكاف ينبغى أن لا يجوز بالاتفاق

﴿فصل﴾ وأما الصدقة اذا قال دارى هذه فى المساكين صدقة تصدق بثمنها وان تصدق بعينها جاز لان الناذر بالنذر يتقرب الى الله تعالى بالمنذور به ومعنى القربة يحصل بالتصدق بثمن الدار و بل أولى ولو تصدق بعين الدار جاز لانه أدى المنصوص عليه ولو قال دارى هذه صدقة موقوفة على المساكين تصدق بالسكنى والغلة عند أبى حنيفة لان المنذور به صدقة موقوفة والوقف حبس الاصل وتصدق بالفرع ولو قال مالى فى المساكين صدقة تصدق بكل مال تجب فيه الزكاة استحسانا والقياس أن يتصدق بالكل لان اسم المال ينطلق على الكل (وجه) الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم ايجاب الصدقة المتعلقة باسم الله من الله تعالى فى قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة ونحو ذلك نصرف الى بعض الاموال دون الكل فكذا ايجاب العبد ولو قال ما أملكه فهو صدقة تصدق بجميع ماله و يقال له أمسك قدر ما تنفقه على نفسك وعيالك الى أن تكتسب مالا فاذا اكتسب مالا تصدقت بمثل ما أمسكت لنفسك لانه اضاف الصدقة الى المملوك وجميع ماله مملوك له فيتصدق بالجميع الا انه يقال له امسك قدر النفقة لانه لو تصدق بالكل على غيره لاحتاج الى أن يتصدق غيره عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول والله عز وجل أعلم

﴿كتاب الدعوى﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن الدعوى وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حد المدعى

والمدعى عليه وفى بيان حكم الدعوى ومايتصل به وفى بيان حجة المدعى والمدعى عليه وفى بيان علائق اليمين وفى بيان ماتندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما وفى بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين وحكم تعارض الدعوى لاغير وفى بيان حكم الملك والحق الثابت فى المحل (أما) ركن الدعوى فهو قول الرجل لى على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو أبرأنى عن حقه ونحو ذلك فاذا قال ذلك فقد تم الركن

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط المصححة للدعوى فانواع منها عقل المدعى والمدعى عليه فلا تصح دعوى المجنون والصبى الذى لا يعقل وكذا لا تصح الدعوى عليهما حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة لانهما مبنيان على الدعوى الصحيحة ومنها ان يكون المدعى معلوما لتعذر الشهادة والقضاء بالمجهول والعلم بالمدعى انما يحصل بأحد أمرين اما الاشارة واما التسمية وجملة الكلام فيه ان المدعى لا يخلو اما ان يكون عينا واما أن يكون دينا فان كان عينا فلا يخلو اما ان كان محتملا للنقل أو لم يكن محتملا للنقل فان كان محتملا للنقل فلا بدمن احضاره لتمكن الاشارة اليه عند الدعوى والشهادة فيصير معلوما بها الا اذا تعذر نقله كحجر الرحى ونحوه فان شاء القاضى استحضره وان شاء بعث اليه أمينا وان لم يكن محتملا للنقل وهو العقار فلا بدمن بيان حده ليكون معلوما لان العقار لا يصير معلوما الا بالتحديد ثم لا خلاف فى أنه لا يكتفى فيه بذكر حد واحد وكذا بذكر حدين عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف وهل تقع الكفاية بذكر ثلاثة حدود قال علماؤنا الثلاثة رضى الله عنهم نعم وقال زفر رضى الله عنه لا وهى مسألة كتاب الشروط وكذا لا بدمن بيان موضع المحدود وبلده ليصير معلوما هذا اذا كان المدعى عينا فان كان دينا فلا بدمن بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته لان الدين لا يصير معلوما الا ببيان هذه الاشياء ومنها ان يذكر المدعى فى دعوى العقار انه فى يد المدعى عليه لان الدعوى لا بدوان تكون على خصم والمدعى عليه انما يصير خصما اذا كان بيده فلا بدوان يذكر انه فى يده ليصير خصما فاذا ذكر وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فانه يحلف من غير الحاجة الى اقامة البينة من المدعى على انه فى يد المدعى عليه ولو كان له بينة لا تسمع حتى يقيم البينة على أنه فى يد هذا المدعى عليه ووجه الفرق ان من الجائز ان يكون صاحب اليد غيره واصطلحا على ذلك فلو سمع القاضى بينته لكان قضاء على الغائب وهذا المعنى هنا متعذر لانه لا قضاء هنا أصلا لان المدعى عليه لا يخلو اما ان يحلف واما ان ينكل فان حلف فالامر فيه ظاهر وان نكل فكذا لان القاضى لا يقضى بشئ وانما يأمره بأن يخرج من الدار ويخلى بينها وبين المدعى ومنها ان يذكر انه يطالبه به لان حق الانسان انما يجب ايفاؤه بطلبه ومنها ان يكون بلسانه عينا اذا لم يكن به عذر الا اذا رضى المدعى عليه بلسان غيره عند أبى حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو وكل المدعى بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعى عليه لا تصح دعواه عنده حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البينة وعندهما تصح حتى يلزم وتسمع لما علم فى كتاب الوكالة ومنها مجلس الحكم فلا تسمع الدعوى الا بين يدى القاضى كما لا تسمع الشهادة الا بين يديه ومنها حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة الا على خصم حاضر الا اذا التمس المدعى بذلك كتابا حكميا للقضاء به فيجيبه القاضى اليه فيكتب الى القاضى الذى الغائب فى بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضى عليه وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله حضرة المدعى عليه ليست بشرط لسماع الدعوى والبينة والقضاء فيجوز القضاء على الغائب عنده وعندنا لا يجوز وجه قول الشافعى رحمه الله انه ظهر صدق المدعى فى دعواه على الغائب بالبينة فيجوز القضاء ببينته قياسا على الحاضر ودلالة الوصف أن دعوى المدعى وان كان خبرا يحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب الكذب فى خبره بالبينة فيظهر صدقه فى دعواه كما اذا كان المدعى عليه حاضرا يحققه أن المدعى عليه لا يخلو اما ان يكون مقرا واما ان يكون منكرا فان كان مقرا فكان المدعى صادقا فى دعواه فلا حاجة الى القضاء وان كان منكرا فظهر صدقه بالبينة فكان القضاء بالبينة قضاء بحجة مظهرة للحق فجاز (ولنا) ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسيدنا على رضى الله عنه لا تقض لاحد الخصمين مالم تسمع كلام الآخر نهاه عليه الصلاة والسلام عن القضاء

لاحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والقضاء بالحق للمدعى حال غيبة المدعى عليه قضاء لاحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منهيا عنه ولان القاضى مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى جل شأنه ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال عليه الصلاة والسلام لعمرو بن العاص اقض بين هذين قال أقضى وأنت حاضر بيننا فقال عليه الصلاة والسلام اقض بينهما بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم واحتمال العدم ثابت فى البينة لاحتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبينة حكما بالحق فكان ينبغى أن لا يجوز الحكم بها أصلا الا انها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم يظهر حالة الغيبة وقد خرج الجواب عن كلامه ثم انما لا يجوز القضاء عندنا على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر فان كان يجوز لانه يكون قضاء على الحاضر حقيقة ومعنى والخصم الحاضر الوكيل والوصى والوارث ومن كان بينه وبين الغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى لان الوكيل والوصى نائبان عنه بصريح النيابة والوارث نائب عنه شرعا وحضرة النائب كحضرة المنوب عنه فلا يكون قضاء على الغائب معنى وكذا اذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى بان كان ذلك سببا لثبوت حق الغائب لان الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب فكان الكل حق الحاضر لان كل ما كان من ضرورات الشئ كان ملحقا به فيكون قضاء على الحاضر حتى ان من ادعى على آخر انه أخوه ولم يدع ميراثا ولا نفقة لا تسمع دعواه لانه دعوى على الغائب لانه يريد اثبات نسبه من أب المدعى عليه وأمه وهما غائبان وليس عنهما خصم حاضر لانه لم توجد الانابة ولا حق يقضى به على الوارث ليكون ثبوت النسب من الغائب من ضروراته تبعا له فلا تسمع دعواه أصلا ولو ادعى عليه ميراثا أو نفقة عند الحاجة تسمع دعواه وتقبل بينته لانه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكنه اثباته الا باثبات نسبه من الغائب فينصب خصما عن الغائب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعا له ولهذا لو أقر بالنسب من غير دعوى المال لا يصح اقراره بخلاف ما لو ادعى على رجل انه أبوه أو ابنه أنه يصح من غير دعوى المال الحاضر لانه ليس فيه حمل نسب الغير على الغير فكان دعوى على الحاضر ألا ترى انه لو أقر به يصح اقراره بخلاف الاقرار بالاخوة وعلى هذا تخرج المسائل المخمسة وتوابعها على ما نذكرها فى موضعها ان شاء الله تعالى ومنها عدم التناقض فى الدعوى وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشئ مع ما يناقضه وينافيه حتى لو أقر بعين فى يده لرجل فامر القاضى بدفعها اليه ثم ادعى انه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه لان اقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشراء منه قبل ذلك لان الشراء يوجب الملك للمشترى فكان مناقضا للاقرار والاقرار يناقضه فلا يصح وكذا لو لم يقر ونكل عن اليمين فقضى عليه بنكوله ثم ادعى انه كان اشتراه منه قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته فى ظاهر الرواية لان النكول بمنزلة الاقرار وروى عن أبى يوسف أنه تسمع دعواه وتقبل بينته هذا اذا ادعى انه اشتراه منه قبل الاقرار والنكول فاما اذا ادعى انه اشتراه منه بعد ذلك تسمع دعواه بلا خلاف لان الاقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك لانعدام التناقض لاختلاف الزمان ولو قال هذا لفلان اشتريته منه تسمع منه موصولا قال ذلك أو مفصولا لانه لم يسبق منه ما يناقض الدعوى بل سبق منه ما يقررها لان سابقة الملك لفلان شرط تحقق الشراء منه ولو قال هذا العبد لفلان اشتريته منه موصولا فالقياس أن لا تصح دعواه وفى الاستحسان تصح ولو قال ذلك مفصولا لا تصح قياسا واستحسانا وجه القياس أن قوله هو لفلان اقرار منه بكونه ملكا لفلان فى الحال فهذا يناقض دعوى الشراء لان الشراء يوجب كونه ملكا للمشترى فلا يصح كما اذا قال مفصولا وجه الاستحسان أن قوله هو لفلان اشتريته منه موصولا معناه فى متعارف الناس وعاداتهم انه كان لفلان فاشتريته منه قال الله عز وجل واذكروا اذ أنتم قليل مستضعفون فى الارض أى اذ كنتم قليلا اذ لم يكونوا قليلا وقت نزول الآية الشريفة فيحمل عليه تصحيحا له ولا عادة جرت بذلك فى المفصول فحمل على حقيقته وهو بحقيقته مناقضة فلا تسمع هذا اذا بين انه اشتراه قبل الاقرار فان بين انه اشتراه بعده تسمع دعواه لانعدام التناقض

على ما بينا وكذلك لو لم يبين وادعى الشراء مبهما بثمن معلوم تسمع لانه لما لم يذكر الوقت يحمل على الحال تصحيحا له هذا اذا قال هذا الشيء لفلان ولم يقل لا حق لى فيه فان قال لا حق لى فيه ثم ادعى الشراء بعد ذلك لا تسمع دعواه لان قوله لا حق لى فيه لتأكيد البراءة الا اذا تبين أنه اشتراه بعد الاقرار فتسمع لما قلنا ولو ادعى على رجل دينا فقال المدعى عليه لم يكن لك على شيء قط فاقام المدعى البينة وقضى القاضى بذلك ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قد قضاه اياه تسمع دعواه وتقبل بينته لجواز أنه لم يكن عليه شيء وانما قضاه اياه لدفع الدعوى الباطلة ولو قال لم يكن لك على شيء ولا اعرفك فاقام المدعى البينة وقضى القاضى ببينته ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قضاه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان قوله لا اعرفك يناقض دعوى القضاء لان الظاهر انه لا يقضى الا بعد معرفته اياه فكان فى دعوى القضاء مناقضا فلا تسمع ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه عبدا بعينه والعبد فى يد البائع فانكر البائع البيع فاقام المشترى البينة وقضى القاضى به ثم وجد به عيبا فأراد أن يرده على البائع فأقام البائع البينة على ان المشترى كان ابرأه عن كل عيب لم تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان انكار البيع يناقض دعوى الابراء عن العيب لان الابراء يقتضى وجود البيع فكان مناقضا فى دعوى الابراء فلا تسمع وعلى هذا مسائل والاصل فى هذا الباب أنه اذا سبق من المدعى ما يناقض دعواه يمنع صحة الدعوى الا فى النسب والعتق فان التناقض فيهما غير معتبر بان قال لمجهول النسب هو ابنى من الزنا ثم قال هو ابنى من النكاح تسمع دعواه وكذا مجهول النسب اذا أقر بالرق لرجل ثم ادعى انه حر الاصل تسمع دعواه حتى تقبل بينته لان بيان النسب مبنى على أمر خفى وهو العلوق منه اذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس فالتناقض فى مثله غير معتبر كما اذا اختلعت امرأة زوجها على مال ثم ادعت انه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع وأقامت البينة على ذلك تسمع دعواها وتقبل بينتها لما قلنا كذا هذا وكذا الرق والحرية ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل للثبوت لان دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابنى لا تسمع دعواه لاستحالة ان يكون الاكبر سنا ابنا لمن هو أصغر سنا منه وكذا اذا قال لمعروف النسب من الغير هذا ابنى والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه فقد اختلف عبارات المشايخ فى تحديدهما قال بعضهم المدعى من اذا ترك الخصومة لا يجبر عليها والمدعى عليه من اذا ترك الجواب يجبر عليه وقال بعضهم المدعى من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو دينا أو حقا والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وقال بعضهم ينظر الى المتخاصمين أيهما كان منكرا فالآخر يكون مدعيا وقال بعضهم المدعى من يخبر عما فى يد غيره لنفسه والمدعى عليه من يخبر عما فى يد نفسه لنفسه فينفصلان بذلك عن الشاهد والمقر والشاهد من يخبر عما فى يد غيره لغيره والمقر من يخبر عما فى يد نفسه لغيره

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به فحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه لان قطع الخصومة والمنازعة واجب ولا يمكن القطع الا بالجواب فكان واجبا وهل يسأله القاضى الجواب قبل طلب المدعى ذكر فى أدب القاضى انه يسأله وذكر فى الزيادات انه لا يسأله ما لم يقل المدعى اسأله عن دعواى وعلى هذا اذا تقدم الخصمان الى القاضى هل يسأل المدعى عن دعواه فى أدب القاضى انه يسأله وفى الزيادات أنه لا يسأله ويعرف ذلك فى كتاب أدب القاضى وسيأتى واذا وجب الجواب على المدعى عليه فاما ان أقر أو سكت أو أنكر فان أقر يؤمر بالدفع الى المدعى لظهور صدق دعواه وان أنكر فان كان للمدعى بينة أقامها ولو قال لا بينة لى ثم جاء بالبينة هل تقبل روى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى انها تقبل وعن محمد انها لا تقبل وجه قول محمد ان قوله لا بينة لى اقرار على نفسه والانسان لا يتهم فى اقراره على نفسه فالاتيان بالبينة بعد ذلك رجوع عما أقر به فلا يصح وجه رواية الحسن عن حنيفة ان من الجائز أن تكون له بينة لم يعلمها المدعى بان أقر المدعى عليه بين يدى هؤلاء وهو لا يعلم به ثم علم بعد ذلك بها فامكن التوفيق فلا يكون الاتيان بالبينة بعد ذلك رجوعا فتقبل وان لم يكن له بينة وطلب يمين المدعى عليه يحلف فيما

يحتمل التحليف فان سكت عن الجواب يأتى حكمه ان شاء الله تعالى فى الفصل الذى يليه

﴿ فصل ﴾ وأما حجة المدعى والمدعى عليه فالبينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل عليه الصلاة والسلام البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه والمعقول كذلك لان المدعى يدعى أمراً خفيا فيحتاج الى اظهاره وللبينة قوة الاظهار لانها كلام من ليس بخصم فجعلت حجة المدعى واليمين وان كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهرة للحق وتصلح حجة المدعى عليه لانه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فحاجته الى استمرار حكم الظاهر واليمين وان كانت كلام الخصم فهى كاف للاستمرار فكان جعل البينة حجة المدعى وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشىء فى موضعه وهو حد الحكمة وعلى هذا يخرج القضاء بشاهد واحد ويمين من المدعى انه لا يجوز عندنا خلافا للشافعى رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى بشاهد ويمين ولان الشهادة انما كانت حجة المدعى لكونها مرجحة جنسية الصدق على جنسية الكذب فى دعواها الرجحان فكما يقع بالشهادة يقع باليمين فكانت اليمين فى كونها حجة مثل البينة فكان ينبغى ان يكتفى بها الا انه ضم اليها الشهادة نفيا للتهمة (ولنا) الحديث المشهور والمعقول ووجه الاستدلال به من وجهين أحدهما ان النبى عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى عليه ولو جعلت حجة المدعى لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص والثانى انه عليه الصلاة والسلام جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعريف فيقتضى استغراق كل الجنس فلو جعلت حجة المدعى لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه بل يكون من الايمان ماليس بحجة له وهو يمين المدعى وهذا خلاف النص وأما الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين وقال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء بشاهد ويمين وكذا روى عن الزهرى لما سئل عن اليمين مع الشاهد فقال بدعة وأول من قضى بهما معاوية رضى الله عنه وكذا ذكر ابن جريج عن عطاء بن أبى رباح انه قال كان القضاء الاول ان لا يقبل الا شاهدان وأول من قضى باليمين مع الشاهد عبد الملك بن مروان مع ما انه ورد مورد الآحاد ومخالفا للمشهور فلا يقبل وان ثبت انه قضى بشاهد ويمين اما ليس فيه انه فيه قضى وقد روى عن بعض الصحابة انه قضى بشاهد ويمين فى الامان وعندنا يجوز القضاء فى بعض أحكام الامان بشاهد واحد اذا كان عدلا بان شهد انه أمن هذا الكافر تقبل شهادته حتى لا يقتل لكن يسترق واليمين من باب ما يحتاط فيه فحمل على هذا توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وبهذا يتبين بطلان مذهب الشافعى رحمه الله فى رده اليمين الى المدعى عند نكول المدعى عليه لان النبى عليه الصلاة والسلام ما جعل اليمين حجة الا فى جانب المدعى عليه فالرد الى المدعى يكون وضع الشىء فى غير موضعه وهذا احد الظلم وعلى هذا يخرج مسئلة الخارج مع ذى اليد اذا اقاما البينة أنه لا تقبل بينة ذى اليد لانها جعلت حجة للمدعى وذو اليد ليس بمدع بل هو مدعى عليه فلا تكون البينة حجة له فالتحقت بينته بالعدم فخلت بينة المدعى عن المعارض فيعمل بها وقد تخرج المسئلة على أصل آخر نذكره فى موضعه ان شاء الله واذا عرفت ان البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه فلا بد من معرفة علائقهما وعلائق البينة قد مر ذكرها فى كتاب الشهادات ونذكرهنا علائق اليمين فنقول وبالله التوفيق الكلام فى اليمين فى مواضع فى بيان ان اليمين واجبة وفى بيان شرائط الوجوب وفى بيان الوجوب وفى بيان كيفية الوجوب وفى بيان حكم أدائه وفى بيان حكم الامتناع عن تحصيل الواجب أما دليل الوجوب فالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وعلى كلمة ايجاب وأما شرائط الوجوب فانواع منها الانكار لانها وجبت للحاجة الى دفع التهمة وهى تهمة الكذب فى الانكار فاذا كان مقرا لا حاجة لان الانسان لا يتهم فى الاقرار على نفسه ثم الانكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الانكار وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعى من غير آفة لان الدعوى أوجبت الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من حمل السكوت على

أحدهما والحمل على الانكار أولى لان العاقل المتدين لا يسكت عن اظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد يسكت عن اظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الانكار أولى فكان السكوت انكارا دلالة ولولم يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال لا أقر ولا أنكر وأصر على ذلك اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا انكار وقال بعضهم هذا اقرار والاول أشبه لان قوله لا أنكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت انكار على ما مر ومنها الطلب من المدعى لانها وجبت على المدعى عليه حقا للمدعى وحق الانسان قبل غيره واجب الايفاء عند طلبه ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبى حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو قال المدعى لى بينة حاضرة ثم أراد ان يحلف المدعى عليه ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك وجه قولهما ان اليمين حجة المدعى كالبينة ولهذا لا تجب الا عند طلبه فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء ولابى حنيفة ان البينة فى كونها حجة المدعى كالاصل لكونها كلام غير الخصم واليمين كالخلف عليها لكونها كلام الخصم فلهذا لو أقام البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه ليس له ذلك والقدرة على الاصل تمنع المصير الى الخلف ومنها ان لا يكون المدعى حقا لله عز وجل خالصا فلا يجوز الاستحلاف فى الحدود الخالصة حقا لله عز وجل كحد الزنا والسرقة والشرب لان الاستحلاف لاجل النكول ولا يقضى بالنكول فى الحدود الخالصة لانه بذل عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما اقرار فيه شبهة العدم والحدود لا تحتمل البذل ولا تثبت بدليل فيه شبهة لهذا لا تثبت بشهادة النساء والشهادة على الشهادة الا ان فى السرقة يحلف على أخذ المال وكذا لا يمين فى اللعان لانه جار مجرى الحد وأما حد القذف فيجرى فيه الاستحلاف فى ظاهر الرواية لانه ليس من الحدود المتمحضة حقا لله تعالى بل يشوبه حق العبد فاشبه التعزير وفى التعزير يحلف كذا هذا ويجرى الاستحلاف فى القصاص فى النفس والطرف لان القصاص خالص حق العبد ومنها ان يكون المدعى محتملا للاقرار به شرعا بان كان لو أقر به لصح اقراره به فان لم يكن لم يجر فيه الاستحلاف حتى ان من ادعى على رجل انه أخوه ولم يدع فى يده ميراثا فانكر لا يحلف لانه لو أقر له بالاخوة لم يجز اقراره لكونه اقرارا على غيره وهو أبوه ولو ادعى انه أخوه وان فى يده مالا من تركة أبيه وهو مستحق لنصفه بارثه من ابيه فأنكر يحلف لاجل الميراث لا للاخوة لانه لو أقر أنه أخوه صح اقراره فى حق الارث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث اليه ولم يصح فى حق النسب حتى لا يقضى بانه أخوه وعلى هذا عبد فى يد رجل ادعاه رجلان فأقر به لاحدهما وسلم القاضى العبد اليه فقال الآخر لا بينة لى وطلب من القاضى تحليف المقر لا يحلفه فى عين العبد لانه لو أقر به لكان اقراره باطلا فاذا أنكر لا يحلف الا ان يقول الذى لم يقر له انك اتلفت على العبد باقرارك به لغيرى فاضمن قيمته لى يحلف المقر بالله تعالى ما عليه رد قيمة ذلك العبد على هذا المدعى ولا رد شىء منها لانه لو أقر باتلافه لصح وضمن القيمة فاذا أنكر يستحلفه ولو ادعى رجل انه زوجها بنته الصغيرة وأنكر الاب لا يحلف عند أبى حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر به لا يصح اقراره به عنده فاذا أنكر لا يستحلف والثانى ان الاستحلاف لا يجرى فى النكاح وعندهما يجرى لكن عند أبى يوسف يحلف على السبب وعند محمد على الحاصل والحكم على ما نذكره فى موضعه هذا اذا كانت صغيرة عند الدعوى فان كانت كبيرة وادعى أن أباها زوجها اياه فى صغرها لا يحلف عند أبى حنيفة لما قلنا من الطريقين وعندهما لا يحلف أيضا لاحد طريقين وهو انه لو أقر عليها فى الحال لا يصح اقراره ولكن تحلف المرأة عندهما لانها لو أقرت لصح اقرارها وعندهما الاستحلاف يجرى فيه لكن عند أبى يوسف تحلف على السبب بالله عز وجل ما تعلم ان أباها زوجها وهى صغيرة الا عند التعرض فتحلف على الحكم كما قال محمد ولو ادعت امرأة على رجل انه زوجها عبده فأنكر المولى لا يحلف عند أبى حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر عليه لا يصح اقراره والثانى انه لا استحلاف فى النكاح عنده وعندهما لا يحلف أيضا لكن لطريق واحد وهو انه لو اقر عليه لا يصح اقراره ولو ادعى رجل على رجل انه زوجه أمته لا يحلف المولى عند أبى حنيفة وعندهما يحلف لطريق واحد وهو ان

الاستحلاف لا يجرى فى النكاح عنده وعندهما يجرى ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل البذل عند أبى حنيفة مع كونه محتملا للاقرار وعندهما ان يكون مما يحتمل الاقرار سواء احتمل البذل أولا وعلى هذا يخرج اختلافهم فى الاشياء السبعة انها لا يجرى فيها الاستحلاف عند أبى حنيفة وهى النكاح والرجعة والفىء فى الايلاء والنسب والرق والولاء والاستيلاد أما النكاح فهو ان يدعى رجل على امرأة انها امرأته اوتدعى امرأة على رجل انه زوجها ولا بينة للمدعى وطلب يمين المنكر وأما الرجعة فهو ان يقول الزوج للمطلقة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتك وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن اقامة البينة فطلب يمينها وأما الفىء فى الايلاء فهو ان يكون الرجل آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر فقال قد كنت فئت اليك بالجماع فلم تبينى فقالت لم تفىء الى ولا بينة للزوج فطلب يمينها وأما النسب فنحو ان يدعى على رجل انه أبوه او ابنه فانكر الرجل ولا بينة له وطلب يمينه وأما الرق فهو ان يدعى على رجل انه عبده فأنكر وقال انه حر الاصل لم يجر عليه رق أبدا أولا بينة للمدعى فطلب يمينه وأما الولاء فانه يدعى على امرأة انه أعتق اباها وان أباها مات وولاؤه بينهما نصفان فأنكرت ان يكون اعتقه وان يكون ولاؤه ثابتاً منه ولا بينة للمدعى فطلب يمينها على ما أنكرت من الولاء وأما الاستيلاد فهو ان تدعى أمة على مولاها فتقول انا أم ولد لمولاى وهذا ولدى فأنكر المولى لا يجرى الاستحلاف فى هذه المواضع السبعة عند ابى حنيفة وعندهما يجرى والدعوى من الجانبين تتصور فى الفصول الستة وفى الاستيلاد لا يتصور الا من جانب واحد وهو جانب الامة فاما جانب المولى فلا تتصور الدعوى لانه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى وهذا بناء على ما ذكرنا ان النكول بذل عنده وهذه الاشياء لا تحتمل البذل وعندهما اقرار فيه شبهة وهذه الاشياء تثبت بدليل فيه شبهة وجه قولهما ان نكول المدعى عليه دليل كونه كاذباً فى انكاره لانه لو كان صادقاً لما امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول اقراراً دلالة الا انه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم وهذه الاشياء تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم ألا ترى انها تثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين (ولابى حنيفة) ان النكول يحتمل الاقرار لما قلتم و يحتمل البذل لان العاقل الدين كما يتحرج عن اليمين الكاذبة يتحرج عن التغيير والطعن باليمين ببذل المدعى الا ان حمله على البذل أولى لانا لو جعلناه اقراراً لكذبناه لما فيه من الانكار ولو جعلناه بذلا لم نكذبه لانه يصير فى التقدير كانه قال ليس هذا لك ولكنى لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه فيحصل المقصود من غير حاجة الى التكذيب واذا ثبت ان النكول بذل وهذه الاشياء لا تحتمل البذل فلا تحتمل النكول فلا تحتمل التحليف لانه انما يستحلف المدعى لينكل المدعى عليه فيقضى عليه فاذا لم يحتمل النكول لا يحتمل التحليف

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية اليمين فالكلام فيه يتعلق بموضعين (أحدهما) فى بيان صفة التحليف نفسه انه كيف يحلف والثانى فى بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف (أما الاول) فالامر لا يخلو اما ان كان الحالف مسلماً واما ان كافرا فان كان مسلما فيحلفه القاضى بالله تعالى ان شاء من غير تغليظ لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف يزيد بن ركانة او ركانة بن عبد يزيد بالله عز وجل ما أردت بالبتة ثلاثا وان شاء غلظ لان الشرع ورد بتغليظ اليمين فى الجملة فانه روي رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ابن صوريا الاعور وغلظ فقال عليه الصلاة والسلام الذى أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام ان حد الزنا فى كتابكم هذا وقال مشايخنا ينظر الى حال الحالف ان كان ممن لا يخاف منه الاجتراء على الله تعالى باليمين الكاذبة يكتفى فيه بالله عز وجل من غير تغليظ وان كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ لان من العوام من لا يبالى عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فاذا غلظ عليه اليمين يمتنع وقال بعضهم ان كان المال المدعى يسيراً يكتفى فيه بالله عز وجل وان كان كثيراً يغلظ وصفة التغليظ ان يقول والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ونحو ذلك مما يعد تغليظاً فى اليمين وان كان الحالف كافرا فانه يحلف بالله عز وجل أيضاً ذمياً كان أو مشركا لان المشركين لا ينكرون الصانع قال الله تبارك وتعالى جل شأنه ولئن سألتهم من

خلق السموات والارض ليقولن الله فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه و يعتقدون حرمة الاله الا الدهرية والزناقة وأهل الاباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على اظهار نحلتهم فى عصر من الاعصار الى يومنا هذا ونرجو من فضل الله عز وجل على أمة حبيبه صلى الله عليه وسلم ان لا يقدرهم على اظهار ما انتحلوه الى انقضاء الدنيا وان رأى القاضى ما يكون تغليظاً فى دينه فعل لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صوريا دل ان كل ذلك سائغ فيغلظ على اليهودى بالله تعالى عز وجل الذى أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام وعلى النصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام وعلى المجوسى بالله الذى خلق النار ولا يحلف على الاشارة الى مصحف معين بان يقول بالله الذى أنزل هذا الانجيل أو هذه التوراة لانه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع الاشارة الى المحرف فيكون التحليف به تعظيما لما ليس بكلام الله عز وجل ولا يبعث هؤلاء الى بيوت عباداتهم من البيعة والكنيسة و بيت النار لان فيه تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان عندنا وقال الشافعى رحمه الله ان كان بالمدينة يحلف عند المنبر وان كان بمكة يحلف عند الميزاب و يحلف بعد العصر والصحيح قولنا لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه مطلقا عن الزمان والمكان وروى انه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع فى دار الى مروان بن الحكم فقضى على زيد ابن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيد احلف له مكانى فقال له مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف ان حقه لحق وأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك ولو كان ذلك لازما لما احتمل ان يأباه زيد بن ثابت ولان تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى الاشراك فى التعظيم والله عز وجل أعلم (وأما) بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف فنقول الدعوى لا تخلو اما ان كانت مطلقة عن سبب واما ان كانت مقيدة بسبب فان كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبداً أو جارية أو أرضاً وأنكر المدعى عليه فلا خلاف فى انه يحلف على الحكم وهو ما وقع فيه الدعوى فيقال بالله ماهذا العبد أو الجارية أو الارض لفلان هذا ولا شىء منه وان كانت مقيدة بسبب بان ادعى انه أقرضه ألفاً أو غصبه ألفاً أو أودعه الفاً وأنكر المدعى عليه فقد اختلف أبو يوسف ومحمد فى انه يحلف على السبب أو على الحكم قال أبو يوسف يحلف على السبب بالله ما استقرضت منه الفا أو ما غصبته الفا أو ما أودعنى الفا الا ان يعرض المدعى عليه ولا يصرح فيقول قد يستقرض الانسان وقد يغصب وقد يودع ولا يكون عليه لما انه أبرأه عن ذلك أو رد الوديعة وأنا لا أبين ذلك لئلا يلزمنى شىء فحينئذ يحلف على الحكم وقال محمد يحلف على الحكم من الابتداء بالله ماله عليك هذه الالف التى ادعى (وجه) قول محمد ان التحليف على السبب تحليف على ما لا يمكنه الحلف عليه عسى لجواز انه وجد منه السبب ثم ارتفع بالابراء أو بالرد فلا يمكنه الحلف على نفى السبب و يمكنه الحلف على نفى الحكم على كل حال فكان التحليف على الحكم أولى (وجه) قول أبى يوسف ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف اليهود بالله وفى باب القسامة على السبب فقال عليه الصلاة والسلام بالله ماقتلتموه ولا علمتم له قاتلا فيجب الاقتداء به ولان الداخل تحت الحلف ما هو الداخل تحت الدعوى والداخل تحت الدعوى فى هذه الصورة مقصودا هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان أمكنه الحلف على السبب حلف عليه وان لم يمكنه وعرض فحينئذ يحلف على الحكم وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء اذا أنكر المدعى عليه فعند أبى يوسف يحلف على السبب بالله عز وجل ما بعته هذا الشىء الا ان يعرض الخصم والتعريض فى هذا ان يقول قد يبيع الرجل الشىء ثم يعود اليه بهبة أو فسخ أو اقالة أو رد بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية وأنا لا أبين ذلك كى لا يلزمنى شىء فحينئذ يحلف على الحكم بالله تعالى ما بينكما بيع قائم أو شراء قائم بهذا السبب الذى يدعى وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى الطلاق بان ادعت امرأة على زوجها انه طلقها ثلاثاً أو خالعها على كذا وأنكر الزوج ذلك يحلف على السبب عند أبى يوسف بالله عز وجل ما طلقها ثلاثاً أو ما خالعها الا ان يعرض الزوج فيقول الانسان قد يخالع

امرأته ثم تعود اليه وقد يطلقها ثلاثاً ثم تعود اليه بعد زوج آخر فحينئذ يحلف بالله عز وجل ماهى حرام عليك بثلاث تطليقات أو بالله عز وجل ماهى مطلقة منك ثلاثاً أو ماهى حرام عليك بالخلع أو ماهى بائن منك ونحو ذلك من العبارات وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى العتاق فى الامة بان ادعت امة على مولاها انه اعتقها وهو منكر عند أبى يوسف يحلف المولى على السبب بالله عز وجل ما اعتقها الا ان يعرض لانه يتصور النقض فى هذا والعود اليه بان ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سباها أو سباها غيره فاشتراها فحينئذ يحلف كما قاله محمد ولو كان الذى يدعى العتق هو العبد فيحلف على السبب بلا خلاف بالله عز وجل ما اعتقه فى الرق القائم للحال فى ملكه لانعدام تصور التعريض لان العبد المسلم لا يحتمل السبى بعد العتق حتى لو كان العبد لم يعرف مسلماً أو كان كافراً يحلف عند محمد على الحكم لاحتمال العود الى الرق لان الذمى اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبى يسترق بخلاف المسلم فانه يجبر على الاسلام و يقتل ان أبى ولا يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو تفريع على قولهما لان أبا حنيفة لا يرى الاستحلاف فيه فيقول الدعوى لا تخلو اما ان تكون من الرجل أو من المرأة فان كانت من الرجل وأنكرت المرأة النكاح فعند أبى يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض لاحتمال الطلاق والفرقة بسبب ما فحينئذ يحلف على الحكم بالله عز وجل ما بينكما نكاح قائم كما هو قول محمد واما عند أبى حنيفة لو قال الزوج أنا أريد أن أتزوج أختها أو أربعاً سواها فان القاضى لا يمكنه من ذلك لانه اقرار لهذه المرأة انها امرأته فيقول له ان كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج أختها أو أربعاً سواها وان كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فانكر فعند أبى يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد فاما عند أبى حنيفة لو قالت المرأة انى أريد ان أتزوج فان القاضى لا يمكنها من ذلك لانها قد أقرت ان لها زوجاً فلا يمكنها من التزوج بزوج آخر فان قالت ما الخلاص عن هذا وقد بقيت فى عهدته أبد الدهر وليست لى بينة وهذه تسمى عهدة أبى حنيفة فانه يقول القاضى للزوج طلقها فان أبى أجبره القاضى عليه فان قال الزوج لو طلقتها لزمنى المهر فلا أفعل ذلك يقول له القاضى قل لها ان كنت امرأتى فانت طالق فتطلق لو كانت امرأتك وان لم تكن فلا ولا يلزمك شئ لان المهر لا يلزم بالشك فان أبى يجبره على ذلك فاذا فعل تخلص عن تلك العهدة ولو كانت الدعوى على اجارة الدار أو عبد أو دابة أو معاملة مزارعة فعند أبى يوسف يحلف على السبب الا اذا عرض وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال وعند أبى حنيفة ما كان صحيحاً وهو الاجارة يحلف وما كان فاسداً وهو المعاملة والمزارعة لا يحلف أصلا لان الحلف بناء على الدعوى الصحيحة ولم تصح عنده ولو كانت الدعوى فى القتل الخطأ بان ادعى على رجل انه قتل أباه خطأ وانه وجبت الدية فانكر المدعى عليه يحلف على السبب عند أبى يوسف بالله ما قتلت الا اذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك وانما يحلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ فى الدية فى فصله الخطأ انها تجب على العاقلة ابتداء أو تجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالدية فى ماله على ما نذكر ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً بل موقتاً الى غاية احضار البينة عند عامة العلماء وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الاطلاق حتى لو أقام المدعى البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بينته عند العامة وعند بعضهم لا تقبل لانه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا اذا استحلف لا يبقى له ولاية اقامة البينة والجامع ان حقه فى احدهما فلا يملك الجمع بينهما والصحيح قول العامة لان البينة هى الاصل فى الحجة لانها كلام الاجنبى فاما اليمين فكالخلف عن البينة لانها كلام الخصم صير اليها للضرورة فاذا جاء الاصل انتهى حكم الخلف فكانه لم يوجد أصلا ولو قال المدعى للمدعى عليه احلف وأنت برىء من هذا الحق الذى ادعيته أو أنت برىء من هذا الحق ثم أقام البينة قبلت بينته لان قوله أنت برىء يحتمل البراءة للحال أى برىء عن دعواه وخصومته للحال و يحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل ابراء عن الحق بالشك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ واما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فان كان ذلك فى دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا لكن ينبغى للقاضى ان يقول له انى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك لجواز ان يكون المدعى عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول أو يكون عنده ان القاضى لا يرى القضاء بالنكول أو لحقه حشمة القضاة ومهابة المجلس فى المرة الاولى فكان الاحتياط ان يقول له ذلك فان نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فان القاضى يقضى عليه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن يرد اليمين الى المدعى فيحلف فيأخذ حقه احتج الشافعى رحمه الله بقول النبى عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول فلو كان حجة المدعى لذكره والمعقول انه يحتمل انه نكل لكونه كاذبا فى الانكار فاحترز عن اليمين الكاذبة و يحتمل انه نكل مع كونه صادقا فى الانكار تورعا عن اليمين الصادقة فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال لكن يرد اليمين الى المدعى ليحلف فيقضى له لانه ترجح جنبه الصدق فى دعواه بيمينه وقد ورد الشرع برد اليمين الى المدعى فانه روى أن سيدنا عثمان رضى الله عنه ادعى على المقداد مالا بين يدى سيدنا عمر رضى الله عنه فانكر المقداد وتوجهت عليه اليمين فرد اليمين على سيدنا عثمان وسيدنا عمر جوز ذلك (ولنا) ما روى ان شريحا قضى على رجل بالنكول فقال المدعى عليه أنا أحلف فقال شريح مضى قضائى وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا منهم على جواز القضاء بالنكول ولانه ظهر صدق المدعى فى دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضى له كما لو أقام البينة ودلالة الوصف ان المانع من ظهور الصدق فى خبره انكار المدعى عليه وقد عارضه النكول لانه كان صادقا فى انكاره لما نكل فزال المانع للتعارض فظهر صدقه فى دعواه وقوله يحتمل انه نكل تورعا عن اليمين الصادقة قلنا هذا احتمال نادر لان اليمين الصادقة مشروعة فالظاهر ان الانسان لا يرضى بفوات حقه تحرزا عن مباشرة أمر مشروع ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعا ألا يرى أن البينة حجة القضاء بالاجماع وان كانت محتملة فى الجملة لانها خبر من ليس بمعصوم عن الكذب لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب كذا هذا وأما الحديث فنقول البينة حجة المدعى وهذا لا ينفى ان يكون غيرها حجة وقوله لو كان حجة لذكره قلنا يحتمل أنه لم يذكره لما قلتم و يحتمل انه لم يذكره نصا مع كونه حجة تسليطا للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالرأى والاستنباط فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما رد اليمين على المدعى فليس بمشروع لما قلنا من قبل وأما حديث المقداد فلا حجة فيه لان فيه ذكر الرد من غير نكول المدعى عليه وهو خارج عن أقاويل الكل فكان مؤولا عند الكل ثم تأويله ان المقداد رضى الله عنه ادعى الايفاء فأنكر سيدنا عثمان رضى الله عنه فتوجهت اليمين عليه ونحن به نقول هذا اذا نكل عن اليمين فى دعوى المال فان كان النكول فى دعوى القصاص فنقول لا يخلو اما أن تكون الدعوى فى القصاص فى النفس واما أن تكون فيما دون النفس فان كان فى النفس فعند أبى حنيفة لا يقضى فيه لا بالقصاص ولا بالمال لكنه يحبس حتى يقر أو يحلف أبدا وان كان الدعوى فى القصاص فى الطرف فانه يقضى بالقصاص فى العمد و بالدية فى الخطأ وعندهما لا يقضى بالقصاص فى النفس والطرف جميعا ولكن يقضى بالارش والدية فيهما جميعا بناء على ان النكول بذل عند أبى حنيفة رحمه الله والطرف يحتمل البذل والاباحة فى الجملة فان من وقعت فى يده آكلة والعياذ بالله تعالى فأمر غيره بقطعها يباح له قطعها صيانة للنفس و به تبين ان الطرف يسلك مسلك الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالمال فاما النفس فلا تحتمل البذل والاباحة بحال وكذا المباح له القطع اذا قطع لا ضمان عليه والمباح له القتل اذا قتل يضمن فكان الطرف جاريا مجرى المال بخلاف النفس فأمكن القضاء بالنكول فى الطرف دون النفس فكان القياس ان لا يستحلف فى النفس عنده كما لا يستحلف فى الاشياء السبعة لان الاستحلاف للتوسل الى المقصود المدعى وهو احياء حقه بالقضاء بالنكول ولا يقضى فيها بالنكول أصلا عنده فكان ينبغى ان لا يستحلف الا انه استحسن فى الاستحلاف فيها لان

الشرع ورد به في القسامة وجعله حقا مقصودا في نفسه تعظيما لأمر الدم وتفخيما لشأنه لكون اليمين الكاذبة مهلكة فصار بالنكول مانعا حقا مستحقا عليه مقصودا فيحبس حتى يقر او يحلف بخلاف الاشياء السبعة فان الاستحلاف فيها للتوسل الى استيفاء المقصود بالنكول وانه لا يقع وسيلة الى هذا المقصود وعندهما النكول اقرار فيه شبهة العدم لانه اقرار بطريق السكوت وانه محتمل والقصاص يدرأ بالشبهات واذا سقط القصاص للشبهة يجب المال بخلاف شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة انها لا تقبل في باب القصاص أصلا لان التعذر هناك من جهة من له القصاص وهو عدم الاتيان بحجة مظهرة للحق وهي شهادة شهود أصول مذكور والتعذر هنا من جهة من عليه القصاص وهو عدم التنصيص على الاقرار والاصل ان القصاص اذا بطل من جهة من له القصاص لا تجب الدية واذا بطل من جهة من عليه تجب الدية وأما في دعوى السرقة اذا احلف على المال ونكل يقضى بالمال لا بالقطع لان النكول حجة في الاموال دون الحدود الخالصة وأما في حد القذف اذا استحلف على ظاهر الرواية فنكل يقضى بالحد في ظاهر الاقاويل لانه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبي حنيفة وعندهما بمنزلة التعزير وقال بعضهم هو بمنزلة سائر الحدود ولا يقضى فيه بشيء ولا يحلف لانه حد وقيل يحلف ويقضى فيه بالتعزير دون الحد كما في السرقة يحلف ويقضى بالمال دون القطع والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما للمدعي فنقول وبالله التوفيق انه يخرج عن كونه خصما للمدعي بكون يده غير يد المالك وذلك يعرف بالبينة أو بالاقرار أو بعلم القاضي نحو ما اذا ادعى على رجل دارا أو ثوبا أو دابة فقال الذي في يده هو ملك فلان الغائب أودعنيه وجملة الكلام فيه ان المدعي لا يخلو اما أن يدعي عليه ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا أو يدعي عليه فعلا فان ادعى ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا فقال الذي في يده أودعنيها فلان الغائب أو رهنها أو آجرها أو أعارها أو غصبتها أو سرقتها أو أخذتها أو انتزعتها أو ضلت منه فوجدتها وأقام البينة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقم وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقم هذا اذا لم يكن الرجل معروفا بالافتعال والاحتيال فان كان تندفع عنه الخصومة عند أبي حنيفة ومحمد أيضا وعند أبي يوسف لا تندفع وهي المسئلة المعروفة بالمخمسة والحجج تعرف في الجامع وكذلك لو ادعى لنفسه والفعل على غير ذي اليد بأن قال هذا ملكي غصبه مني فلان لانه لم يدع على ذي اليد فعلا فصار في حق ذي اليد دعوى مطلقة فكان على الخلاف الذي ذكرنا فاما اذا ادعى فعلا على ذي اليد بان قال هذه داري أودابتي أو ثوبي أودعتكها أو غصبتنيها أو سرقتها أو استأجرتها أو ارتهنتها مني وقال الذي في يديه انها لفلان الغائب أودعنيها أو غصبتها منه ونحو ذلك وأقام البينة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة ووجه الفرق ان ذا اليد في دعوى الملك المطلق انما يكون خصما بيده ألا ترى انه لو لم يكن المدعى في يده لم يكن خصما فاذا اقام البينة على ان اليد لغيره كان الخصم ذلك الغير وهو غائب فاما في دعوى الفعل فانما يكون خصما بفعله لا بيده ألا ترى أن الخصومة متوجهة عليه بدون يده واذا كان خصما بفعله بالبينة لا يتبين أن الفعل منه لم يكن فبقي خصما ولو ادعى فعلا لم يسم فاعله بان قال غصبت مني أو أخذت مني فاقام ذو اليد البينة على الايداع تندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه باطل فالتحق بالعدم فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه باطل فالتحق بالعدم فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة ولو قال سرق مني فالقياس ان تندفع الخصومة كما في الغصب والاخذ وهو قول محمد وزفر وفي الاستحسان لا تندفع فرقا بين الغصب والاخذ وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ووجه الفرق يعرف في الجامع ولو قال المدعي هذه الدار كانت لفلان فاشتريتها منه وقال الذي في يده أودعني فلان الذي ادعيت الشراء من جهته أو سرقتها منه أو غصبتها تندفع عنه الخصومة من غير اقامة البينة على ذلك لانه ثبت كون يده يد غيره بتصادقهما أما المدعى عليه فظاهر وأما المدعي فبدعواه الشراء منه لان الشراء منه لا يصح بدون

اليـد وكذا لو أقام الذي في يديه البينـة على اقرار المدعي بذلك لان الثابت بالبينـة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا اقراره لاندفعت الخصومة كذا هذا وكذلك اذا علم القاضي بذلك لان العلم المستفاد له في زمان القضاء فوق الاقرار لكونه حجـة متعدية الى الناس كافة بمنزلة البينة وكون الاقرار حجـة مقتصرة على المقر خاصـة ثم لما اندفعت الخصومة باقرار المدعي فبعلم القاضي أولى ولو قال الذي في يديه ابتعته من فلان الغـائب لا تنـدفع الخصومة لانه ادعى الملك واليـد لنفسه وهذا مقر بكونه خصما فكيف تندفع الخصومة ولو أقام المدعي البينة انه ابتاعه من عبـد الله وقال الذي في يديه أودعنيه عبد الله ذلك تنـدفع الخصومة من غير بينة لانهما تصادقا على الوصول اليه من يد عبد الله فاثبتا اليـد له وهو غائب وعلى هذا الاصـل مسائل كثيرة في الجامع والله تعالى أعلم

﴿ فصـل ﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعـارض البينتين فالكلام فيـه يقع في موضعين أحـدهما في بيان حكم تعـارض الدعوتين مع تعـارض البينتـين القائمتين على أصـل الملك والثـاني في بيان حكم تعـارض البينتين القائمتين على قدر الملك أما الاول فالاصل ان البينتين اذا تعارضتا في أصل الملك من حيث الظاهر فان أمكن ترجيح احـداهمـا على الاخرى يعمل بالراجح لان البينـة حجة من حجج الشرع والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع وان تعذر الترجيح فان أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به وان تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما لان العمل بالدليلين واجب بقدر الامكان وان تعذر العمل بهما أصلا سقط اعتبارهمـا والتحقا بالعدم اذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة وجملة الكلام في هذا الفصل ان الدعوى ثلاثة أنواع دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وزاد محمـد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليـد والنسب (أما) دعوى الملك فلا تخلو اما أن تكون من الخارج على ذي اليد واما أن تكون من الخارجين على ذي اليد (واما) أن تكون من صاحبي اليد أحـدهما على الآخر فان كانت الدعوى من الخارج على ذي اليـد دعوى الملك وأقاما البينـة فلا يخـلو اما ان قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامتا على ملك مؤقت واما ان قامت احداهما على ملك مطلق والاخرى على ملك مؤقت وكل ذلك لا يخلو اما ان كانت بسبب واما ان كانت بغير سبب فان قامتا على ملك مطلق عن الوقت فبينة الخارج أولى عندنا وعند الشافعي رحمه الله بينة ذي اليد أولى (وجـه) قوله ان البينتـين تعارضتا من حيث الظاهر وترجحت بينة ذي اليد باليد فكان العـمل بها أولى ولهذا عمل ببينته في دعوى النكاح (ولنا) ان البينة حجة المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي وذو اليد ليس بمدع فلا تكون البينة حجته والدليل على انه ليس بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعي انه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لانه يخبر عما في يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت بينته بالعدم فبقيت بينـة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها ولان بينة الخارج أظهرت له سـبق الملك فكان القضاء بها أولى كما اذا وقتت البينتان نصا ووقتت بينة الخارج دلالة ودلالة الوصف انها أظهرت له سـبق اليد لانهم شهدوا له بالملك المطلق ولا تحل لهم الشـهادة بالملك المطلق الا بعلمهم به ولا يحصل العلم بالملك الا بعد العلم بدليـل الملك ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد فاذا شهدوا للخارج فقد أثبتوا كون المـال في يده وكون المـال في يد ذي اليد ظاهر ثابت للحال فـكانت يد الخارج سابقـة على يده فكان ملكه سابقا ضرورة واذا ثبت سبق الملك للخارج يقضى ببينتـه لانه لما ثبت له الملك واليد في هذه العين في زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم أنها انتقلت من يده اليه فوجب اعادة يده ورد المال اليه حتى يقيم صاحب اليد الآخر الحجة انه بأي طريق انتقل اليه كما اذا عاين القاضي كون المـال في يد انسان ويدعيـه لنفسـه ثم رآه في يد غيره فانه يأمره بالرد اليه اذا ادعاه ذلك الرجل الى ان يبين سببا صالحا للانتقال اليه وكذا اذا أقر المدعى عليـه أن هذا المـال كان في يد المدعي فانه يؤمر بالرد اليه الى أن يبين بالحجة طريقا صالحا للانتقال اليـه كذلك هذا وصار كما اذا ارخا نصا وتاريخ أحدهمـا أسبق لان هذا تاريخ من حيث المعنى بخلاف النتاج لان هناك لم يثبت

سبق

سبق الخارج لانعدام تصور السبق والتأخير فيه لان النتاج مما لا يحتمل التكرار فيطلب الترجيح من وجه آخر فتترجح بينة صاحب اليد باليد وهنا بخلافه هذا اذا اقامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت من غير سبب فأما اذا قامتا على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان يقضى للخارج لانه بطل اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى ملك مطلق وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى للاسبق وقتاً أيهما كان فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى وروى ابن سماعة عن محمد انه رجع عن هذا القول عند رجوعه من الرقة وقال لا تقبل من صاحب اليد بينة على وقت وغيره الا فى النتاج والصحيح جواب ظاهر الرواية لان بينة صاحب الوقت الاسبق أظهرت الملك له فى وقت لا ينازعه فيه أحد فيدفع المدعى الى أن يثبت بالدليل سببا للانتقال عنه الى غيره وان أقامت احداهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت من غير سبب لا عبرة للوقت عندهما ويقضى للخارج وعند أبى يوسف يقضى لصاحب الوقت أيهما كان وروى عن أبى حنيفة رحمه الله مثله (وجه) قول أبى يوسف أن بينة صاحب الوقت أظهرت الملك له فى وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعى الملك المطلق بيقين بل تحتمل المعارضة وعدمها لان الملك المطلق لا يتعارض للوقت فلا تثبت المعارضة بالشك ولهذا لو ادعى كل واحد من الخارجين على ثالث وأقام كل واحد منهما البينة انه اشتراه من رجل واحد ووقتت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى انه يقضى لصاحب الوقت كذا هذا ولهما أن الملك احتمل السبق والتأخير لان الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق لجواز أن صاحب البينة المطلقة لو وقتت بينته كان وقتها أسبق فوقع الاحتمال فى سبق الملك الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقى دعوى مطلق الملك فيقضى للخارج بخلاف الخارجين اذا ادعيا الشراء من رجل واحد لان البائع اذا كان واحداً فقد اتفقا على تلقى الملك منه ببيعه وانه أمر حادث وقد ظهر بالتاريخ أن شراء صاحب الوقت أسبق ولا تاريخ مع الآخر وشراؤه أمر حادث ولا يعلم تاريخه فكان صاحب التاريخ أولى هذا اذا اقامت البينتان من الخارج وذى اليد على ملك مطلق أو موقت من غير سبب فأما اذا كان فى دعوى ذلك بسبب فان كان السبب هو الارث فكذلك الجواب حتى لو قامت البينتان على ملك مطلق بسبب الارث بأن أقام كل واحد منهما البينة على انه ملكه مات أبوه وتركه ميراثا له يقضى للخارج بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله وكذلك ان قامتا على ملك موقت واستوى الوقتان لانه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى مطلق الملك وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى لاسبقهما وقتاً أيهما كان فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد الاول وفى قول محمد الآخر يقضى للخارج لان دعوى الارث دعوى ملك الميت فكل واحدة من البينتين أظهرت ملك الميت لكن قام الوارث مقام الميت فى ملك الميت فكان الوارثين ادعيا ملكا مطلقا أو موقتا من غير سبب وهناك الجواب هكذا فى الفصول كلها من الاتفاق والاختلاف الا فى فصل واحد وهو ما اذا اقامت احدى البينتين على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت فان هنا يقضى للخارج بالاتفاق ولا عبرة للوقت كما لا عبرة له فى دعوى المورثين وهذا على أصل أبى حنيفة ومحمد يطرد على أصل أبى يوسف فيشكل وان كان السبب هو الشراء بأن ادعى الخارج انه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم ونقده الثمن وادعى صاحب اليد انه اشتراها من الخارج ونقده الثمن وأقام كل واحد منهما البينة على ذلك فان أقاما البينة على الشراء من غير وقت ولا قبض لا تقبل البينتان فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ولا يجب لواحد منهما على صاحبه شىء ويترك المدعى فى يدذى اليد وعند محمد يقضى بالبينتين ويؤمر بتسليم المدعى الى الخارج (وجه) قول محمد ان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الامكان وأمكن التوفيق هنا بين البينتين بتصحيح العقدين بأن يجعل كان صاحب اليد اشتراه أولا من الخارج وقبضه ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ وقبض وفى هذا التقدير تصحيح العقدين فوجب القول به ولا وجه للقول بالعكس من ذلك بأن يجعل كأن الخارج اشترى أولا من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان

في هذا التقدير افساد العقد الاخير لانه بيع العقار المبيع قبل القبض وانه غير جائز عنده فتعين تصحيح العقدين بالتقدير الذي قلنا واذا صح العقدان يبقى المشتري في يد صاحب اليد فيؤمر بالتسليم الى الخارج (وجه) قول أبي يوسف وأبي حنيفة ان كل مشتري يكون مقرا بكون المبيع ملكا للبائع فكان دعوى الشراء من كل واحد منهما اقرارا بملك المبيع لصاحبه فكان البينتان قائمتين على اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه و بين موجبي الاقرارين تناف فتعذر العمل بالبينتين أصلا وان وقت البينتان ووقت الخارج أسبق فاذا لم يذكروا قبضاً يقضى بالدار لصاحب اليد عندهما وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد و بيع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد واذا لم يجز بقي على ملك الخارج وعندهما ذلك جائز فصح البيعان ولو ذكروا القبض جاز البيعان و يقضى بالدار لصاحب اليد بالاجماع لان بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف فيجوز البيعان (وأما) اذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكروا قبضاً يقضى بها للخارج لانه اذا كان وقته أسبق يجعل سابقا في الشراء كانه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع اليه وكذلك ان ذكروا قبضاً لانه يقدر كانه اشترى من صاحب اليد أولا وقبض ثم اشترى الخارج منه وقبض ثم عادت الى يد صاحب اليد بوجه آخر وان كان السبب هو النتاج وهو الولادة في الملك فنقول لا يخلو اما ان قامت البينتان على النتاج واما ان قامت احداهما على النتاج والاخرى على الملك المطلق فان قامت البينتان على النتاج فلا يخلو اما ان كانت البينتان مطلقتين عن الوقت واما ان وقتا وقتاً فان لم يوقتا وقتاً يقضى لصاحب اليد لان البينة القائمة على النتاج قائمة على أولية الملك وقد استوت البينتان في اظهار الاولية فتترجح بينة صاحب اليد باليد فيقضى ببينته وقد روي عن جابر رضي الله عنه أن رجلا ادعى بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقة في يد رجل وأقام البينة عليه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقة لصاحب اليد وهذا ظاهر مذهب أصحابنا وقال عيسى بن ابان من أصحابنا انه لا يقضى لصاحب اليد بل تتهاتر البينتان و يترك المدعى في يد صاحب اليد قضاء ترك وهذا خلاف مذهب أصحابنا فانه نص على لفظة القضاء والترك في يد صاحب اليد لا يكون قضاء حقيقة وكذا في الحديث الذي رويناه عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قضى بذلك لصاحب اليد وكذلك في دعوى النتاج من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولا يترك في يد صاحب اليد دل ان ماذكره خلاف مذهب أصحابنا ولو أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على الملك المطلق عن النتاج فبينة النتاج أولى لما قلنا انها قامت على أولية الملك لصاحبه فلا تثبت لغيره الا بالتلقي منه وأما ان وقتت البينتان فان اتفق الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للتعارض فبقي دعوى الملك المطلق وان اختلفا يحكم سن الدابة فتقضى لصاحب الوقت الذي وافقه السن لانه ظهر أن البينة الاخرى كاذبة بيقين هذا اذا علم سنها فأما اذا أشكل سقط اعتبار التاريخ لانه يحتمل أن يكون سنها موافقا لهذا الوقت و يحتمل أن يكون موافقا لذلك الوقت و يحتمل أن يكون مخالفا لهما جميعا فيسقط اعتبارهما كانهما سكتا عن التاريخ أصلا وان خالف سنها الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكره في ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكانهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تتهاتر البينتان قال وهو الصحيح (ووجهه) أن سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلا ورأسا وكذلك لو اختلفا في جارية فقال الخارج انها ولدت في ملكي من أمتي هذه وقال صاحب اليد كذلك يقضى لصاحب اليد لما قلنا وكذلك لو اختلفا في الصوف والمرعزى وأقام كل واحد منهما بينة انه له جزه في ملكه يقضى لصاحب اليد وكذلك لو اختلفا في الغزل وأقام كل واحد منهما البينة انه له غزله

من

من قطن هو له يقضى لصاحب اليد والاصل أن المنازعة اذا وقعت فى سبب ملك لا يحتمل التكرار كان بمنزلة النتاج فيقضى لصاحب اليد فاذا وقعت فى سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون فى معنى النتاج و يقضى للخارج وان أشكل الامر فى الملك انه يحتمل التكرار أولا يقضى للخارج أيضا فعلى هذا اذا اختلفا فى اللبن فأقام كل واحد منهما البينة انه له حلب فى يده وفى ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان فى معنى النتاج وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التى حلب منها اللبن نتجت عنده يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعا وكذلك لو اختلفا فى جبن وأقام كل واحد منهما البينة انه له صنعه فى ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل أن يصنع جبنا مرتين فكان بمنزلة النتاج ولو اختلفا فى الارض والنخل وادعى كل واحد منهما انه أرضه غرس النخل فيها يقضى بها للخارج لان هذا ليس فى معنى النتاج لان النتاج سبب الملك الولد والغرس ليس بسبب لملك الارض وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن فى معنى النتاج وكذلك لو اختلفا فى الحبوب النابتة والقطن الثابت ادعى كل واحد منهما انه له زرعه فى أرضه فانه يقضى بالارض والحب والقطن للخارج وكذلك لو اختلفا فى البناء ادعى كل واحد منهما انه بنى على أرضه لما قلنا ولو اختلفا فى حلى مصوغ ادعى كل واحد منهما انه صاغه فى ملكه يقضى للخارج لان الصياغة تحتمل التكرار فلم تكن فى معنى النتاج ولو اختلفا فى ثوب خز أو شعر وأقام كل واحد منهما البينة انه له نسجه فى ملكه فان علم أن ذلك لا ينسج الا مرة واحدة يقضى لصاحب اليد لانه بمنزلة النتاج وان علم انه ينسج مرتين يقضى للخارج وكذا ان كان مشكلا وكذلك لو اختلفا فى سيف مطبوع وادعى كل واحد منهما انه طبع فى ملكه يرجع فى هذا الى أهل العلم بذلك ولو اختلفا فى جارية وأقام كل واحد منهما البينة أن أمها أمته وانها ولدت هذه فى ملكه يقضى بالجارية و بأمها للخارج لان هذا ليس دعوى النتاج بل هو دعوى الملك المطلق وهو ملك الام والبينة بينة الخارج فى الملك المطلق فيقضى بالام للخارج ثم يملك الولد بملك الام وكذلك لو اختلفا فى الشاة مع الصوف وأقام كل واحد منهما البينة أن هذه الشاة مملوكة له وأن هذا صوف هذه الشاة يقضى بالشاة والصوف للخارج لما قلنا شاتان احداهما بيضاء والاخرى سوداء وهما فى يد رجل فأقام الخارج البينة على أن الشاة البيضاء شاته ولدتها السوداء فى ملكه وأقام صاحب اليد البينة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء فى ملكه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التى شهدت شهوده انها ولدت فى ملكه فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد بالسوداء لان بينة الخارج قامت على النتاج فى البيضاء و بينة ذى اليد قامت فيها على ملك مطلق فبينة النتاج أولى كذا بينة ذى اليد قامت على النتاج فى السوداء و بينة الخارج فيها قامت على ملك مطلق فبينة النتاج أولى ولو اختلفا فى اللبن الذى صنع منه الجبن فأقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذى صنع منه الجبن فى ملكه فيقضى للخارج لان البينة القائمة على ملك اللبن قائمة على ملك مطلق لا على أولية الملك فبينة الخارج أولى فى دعوى الملك المطلق ولو ادعى عبداً فى يد انسان انه اشتراه من فلان وانه ولد فى ملك الذى اشتراه منه وأقام ذو اليد البينة انه اشتراه من رجل آخر وانه ولد فى ملكه يقضى لصاحب اليد لان دعوى الولادة فى ملك بائعه بمنزلة دعوى الولادة فى ملكه لانه تلقى الملك من جهته وهناك يقضى له كذا هذا وكذلك لو ادعى ميراثاً أو هبة أو صدقة أو وصية وانه ولد فى ملك المورث والواهب والموصى فانه يقضى لصاحب اليد لما قلنا ولو ادعى الخارج مع ذى اليد كل واحد منهما النتاج فقضى لصاحب اليد ثم جاء رجل وادعى النتاج وأقام البينة عليه يقضى له الا أن يعيد صاحب اليد البينة على النتاج فيكون هو أولى لان القضاء على المدعى الاول لا يكون قضاء على المدعى الثانى فلم يكن الثانى مقضيا عليه فتسمع البينة منه فرق بين الملك و بين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق (ووجه) الفرق ان العتق حق الله تعالى ألا ترى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان

حق العبد لقدر على ابطاله كالرق واذا كان حق الله تعالى فالناس فى اثبات حقوقه خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم فى العبودية كالورثة لما قاموا مقام الميت فى اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه فقام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم فى الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة أو بثبوت النيابة عنه شرعا واتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شىء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز ولو شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع حصد من أرض هذا الرجل لم يكن لصاحب الارض أن يأخذها لانه يحتمل أن يكون البذر لغيره وملك الزرع يتبع ملك البذر لا ملك الارض ألا ترى ان الارض المغصوبة اذا زرعها الغاصب من بذر نفسه كانت الحنطة له ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا التمر من نخل هذا يقضى له لان ملك الحنطة والتمر يتبع ملك الزرع والنخل ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان من أرضه لم يقض له لانهم لو شهدوا انه حصد من أرضه لم يقض له فهذا أولى ولو شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف حلاب شاته وصوف شاته لم يقض له لجواز ان تكون الشاة له وحلابها وصوفها لغيره بأن أوصى بذلك لغيره هذا الذى ذكرنا كله فى دعوى الخارج الملك فاما دعوى الخارجين على ذى اليد الملك فنقول لا تخلو فى الاصل من أحد وجهين اما ان يدعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر واما ان يدعى أكثر مما يدعى الآخر فان ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر فهو على التفصيل الذى ذكرنا أيضا وهو ان البينتين اما ان قامتا على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامتا على ملك موقت واما ان قامت احداهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت وكل ذلك بسبب أو بغير سبب فان قامت البينتان على ملك مطلق من غير سبب فانه يقضى بالمدعى بينهما نصفان عند أصحابنا وللشافعى رحمه الله قولان فى قول تتهاتر البينتان ويترك المدعى فى يد صاحب اليد وفى قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة منهما وجه قول الشافعى رحمه الله ان العمل بالبينتين متعذر لتناف بين موجبهما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنين على الكمال فى زمان واحد فيبطلان جميعا اذ ليس العمل باحداهما أولى من العمل بالاخرى لاستوائهما فى القوة أو ترجح احداهما بالقرعة لورود الشرع بالقرعة فى الجملة (ولنا) ان البينة دليل من أدلة الشرع والعمل بالدليلين واجب بالقدر الممكن فان أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه وان لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه كما فى سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنن المشهورة وأخبار الآحاد والاقيسة الشرعية اذا تعارضت وهنا ان تعذر العمل بالبينتين باظهار الملك فى كل المحل أمكن العمل بهما باظهار الملك فى النصف فيقضى لكل واحد منهما بالنصف ولو قامتا على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان فكذلك الجواب لانه اذا لم يثبت سبق أحدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحق بالعدم فبقى دعوى الملك المطلق وان كان وقت أحدهما أسبق من الآخر فالاسبق أولى بالاجماع ولا يجىء هنا خلاف محمد رحمه الله لان البينة من الخارج مسموعة بلا خلاف والبينتان قامتا من الخارجين فكانتا مسموعتين ثم ترجح احداهما بالتاريخ لانها أثبتت الملك فى وقت لا تعارضها فيه الاخرى فيؤمر بالدفع اليه الى ان يقوم الدليل على انه بأى طريق انتقل اليه الملك وان أرخت احداهما وأطلقت الاخرى من غير سبب يقضى بينهما نصفين عند أبى حنيفة ولا عبرة للتاريخ وعند أبى يوسف يقضى لصاحب الوقت وعند محمد يقضى لصاحب الاطلاق وجه قول محمد ان البينة القائمة على الملك المطلق أقوى لان الملك المطلق ملكه من الاصل حكما ألا ترى انه يظهر فى الزوائد وتستحق به الاولاد والاكساب وهذا حكم ظهور الملك من الاصل ولا يستحق ذلك بالملك الموقت فكانت البينة القائمة عليه أقوى فكان القضاء بها أولى (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ما ذكرنا ان البينة المؤرخة تظهر الملك فى زمان لا تعارضها فيه البينة المطلقة عن التاريخ

بيقين بل يحتمل المعارضة وعدمها فلا تثبت المعارضة بالشك فتثبت بينة صاحب التاريخ بلا معارض فكان صاحب التاريخ أولى وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ما مر أيضاً ان الملك الموقت يحتمل أن يكون سابقا ويحتمل أن يكون متأخرا لاحتمال أن صاحب الاطلاق لو أرخ لكان تاريخه أقدم يثبت السبق مع الاحتمال فسقط اعتبار التاريخ فبقي دعوى الملك المطلق هذا اذا اقامت البينتان من الخارجين على ذي اليد على الملك من غير سبب فان كان ذلك بسبب فنقول لا يخلو اما ان ادعيا الملك بسبب واحد من الارث أو الشراء أو النتاج ونحوها واما ان ادعياه بسببين فان ادعيا الملك بسبب واحد فان كان السبب هو الارث فان لم توقت البينتان فهو بينهما نصفان لما ذكرنا ان الملك الموروث هو ملك الميت بعد موته وانما الوارث يخلفه ويقوم مقامه في ملكه ألا ترى أنه يجهز من التركة ويقضى منها ديونه ويرد الوارث بالعيب ويرد عليه فكان المورثين حضرا وادعيا ملكا مطلقا عن الوقت وان وقتا وقتا فان كان وقتهما واحدا فكذلك لما مر وان كان أحد الوقتين أسبق يقضى لمن هو أسبق وقتا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ عنده في الميراث لما مر أن الموروث ملك الميت والوارث قام مقامه فلم يكن الموت تاريخا لملك الوارث فسقط التاريخ لملكه والتحق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق عن التاريخ فيستويان فيه وعن محمد انهما ان لم يؤرخا ملك الميتين فكذلك فاما اذا أرخا ملك الميتين فيقضى لاسبقهما تاريخا ذكره في نوادر هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان بل الوارث باقامة البينة يظهر الملك للمورث لا لنفسه فيصير كانه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق ولو كان كذلك لقضى لاسبقهما وقتا لاثباته الملك في وقت لا تعارضه فيه بينة الآخر كذا هذا ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى يقضى بينهما نصفان بالاجماع أما عند محمد فان التاريخ في باب الميراث ساقط فالتحق بالعدم وأما عندهما فيصير كان المورثين الخارجين حضرا وادعيا ملكا فارخه أحدهما ولم يؤرخه الآخر وهناك كان المدعى بينهما نصفين فكذا هنا لانهما ادعيا تلقي الملك من رجلين ولا عبرة فيه بالتاريخ وان كان السبب هو الشراء فنقول لا تخلو اما أن تكون الدار في يد ثالث واما ان تكون في يد أحدهما وكل ذلك لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد واما ان ادعياه من اثنين فان كانت في يد ثالث وادعيا الشراء من واحد فان كان صاحب اليد وأقاما البينة على الشراء منه بثمن معلوم ونقد الثمن مطلقا عن التاريخ وذكر القبض يقضى بينهما نصفين عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تهاترا البينتان وفي قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة وهي مسألة التهاتر وقد تقدمت واذا قضى بالدار بينهما نصفين يكون لهما الخيار ان شاء أخذ كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن وان شاء نقض لان غرض كل واحد منهما من الشراء الوصول الى جميع المبيع ولم يحصل فاوجب ذلك خللا في الرضا فلذلك أثبت لهما الخيار فان اختار كل واحد منهما أخذ نصف الدار رجع على البائع بنصف الثمن لانه لم يحصل له الا نصف المبيع وان اختار الرد رجع كل واحد منهما بجميع الثمن لانه انفسخ البيع فان اختار أحدهما الرد والآخر الاخذ فان كان ذلك بعد قضاء القاضي وتخييره اياهما فليس له ان يأخذ الا النصف بنصف الثمن لان حكم القاضي بذلك أوجب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف فلا يعود الا بالتحديد كما اذا قضى القاضي بالدار المشفوعة للشفيعين ثم سلم أحدهما الشفعة لا يكون لصاحبه الا نصف الدار فاما اذا اختار أحدهما ترك الخصومة قبل تخيير القاضي فللآخر ان يأخذ جميع المبيع بجميع الثمن لان المستحق بالعقد كل البيع والامتناع بحكم المزاحمة فاذا انقطعت فقد زال المانع كاحد الشفيعين اذا سلم الشفعة قبل قضاء القاضي بالدار المشفوعة يقضى لصاحبه بالكل وكذلك اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر سوى صاحب اليد وأقام البينة على ذلك يقضى بالدار بينهما نصفين عندنا وثبت الخيار لكل واحد منهما والكلام في توابع الخيار على نحو ما بينا غير أن هناك الشهادة القائمة على الشراء من صاحب اليد وهو البائع تقبل من غير ذكر الملك له والشهادة القائمة على الشراء من غير صاحب اليد لا تقبل الا بذكر الملك للبائع لان المبيع في الفصل الاول في يد البائع

واليد دليل الملك فوقعت الغنية عن ذكره وفي الفصل الثاني المبيع ليس في يد البائع فدعت الحاجة الى ذكره لصحة البيع هذا اذا لم تؤرخ البينتان فاما اذا أرختا فان استوى التاريخان فكذلك لسقوط اعتبارهما بالتعارض فبقي دعوى مطلق الشراء وان كانت احداهما أسبق تاريخا كانت أولى بالاجماع لانها تظهر الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فتندفع بها الاخرى ولو أرخت احداهما وأطلقت الاخرى فالمؤرخة أولى لانها تظهر الملك في زمان معين والاخرى لا تتعرض للوقت فتحتمل السبق والتأخير فلا تعارضها مع الشك والاحتمال ولو لم تؤرخ البينتان ولكن ذكرت احداهما القبض فهي أولى لانها لما أثبتت قبض المبيع جعل كان بيع صاحب القبض أسبق فيكون أولى وكذلك لو ذكرت احداهما تاريخا والاخرى قبضا فبينة القبض أولى الا ان تشهد بينة التاريخ أن شراءه قبل شراء الآخر فيقضى له ويرجع الآخر بالثمن على البائع وكذا لو أرخا تاريخا واحدا وذكرت احداهما القبض فبينه القبض أولى الا اذا كان وقت الآخر أسبق .هذا اذا ادعيا الشراء من واحد وهو صاحب اليد أو غيره فاما اذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقي الملك من من البائعين فقاما مقامهما فصار كان البائعين الخارجين حضرا وأقاما البينة على ملك مطلق ولو كان كذلك يقضى بينهما نصفين كذا هذا و يثبت لهما الخيار والكلام في الخيار على نحو ما ذكرنا ولو وقتت البينتان فان كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فالاسبق تاريخا أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا عند محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث انه يكون بينهما نصفان عنده ووجه الفرق له ذكره الداري وهو أن المشتري يثبت الملك لنفسه والوارث يثبت الملك للميت وعن محمد في الاملاء انه سوى بين الميراث والشراء وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضا الا أن يؤرخا ملك البائعين وان وقتت احداهما ولم توقت الاخرى يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ أيضا فرق بين هذا و بين ما اذا ادعيا الشراء من رجل واحد فوقتت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى أن بينة الوقت أولى ووجه الفرق انهما اذا ادعيا الشراء من اثنين فقد ادعيا تلقي الملك من البائعين فتاريخ احدى البينتين لا يدل على سبق أحد الشراءين بل يجوز ان يكون شراء صاحبه أسبق من شرائه فلا يحكم بسبق أحدهما مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد لان هناك اتفقا على تلقي الملك من واحد فتاريخ احدى البينتين أوجب تلقي الملك منه في زمان لا ينازعه فيه أحد فيؤمر بالدفع اليه حتى يقوم على التلقي منه دليل آخر هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في يد أحدهما فان ادعيا الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أرخ الآخر أو لم يؤرخ وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لان القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسا ومشاهدة وقبض الآخر لم يثبت الا ببينة تحتمل الصدق والكذب فكان القبض المحسوس أولى فصار الحاصل ان القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضا والقبض الثابت بالخبر أولى من التاريخ وان ادعيا الشراء من اثنين يقضى للخارج سواء وقتت البينات أولا أو وقتت احداهما دون الاخرى الا اذا وقتا و وقت صاحب اليد أسبق لانهما ادعيا تلقي الملك من البائعين فقاما مقام البائعين فصار كان البائعين حضرا وأقاما البينة ولو كان كذلك يقضى للخارج كذا هذا بخلاف ما اذا كان البائع واحداً لانهما اتفقا على أن الملك لهما بالشراء من جهته ولاحدهما يد فيجعل كان شراء صاحب اليد أسبق وان كان السبب هو النتاج بان ادعى كل واحد من الخارجين انها دابته نتجت عنده فان أقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق يقضى بينهما نصفين لاستواء الحجتين و تعذر العمل بهما باظهار الملك في كل المحل فليعمل بهما بالقدر الممكن وان أقاما البينة على ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا يحكم سن الدابة ان علم وان أشكل فعند أبي حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى بينهما وجه قولهما ان السن اذا أشكل يحتمل أن يكون موافقا لوقت هذا و يحتمل أن يكون موافقا لوقت ذاك فسقط اعتبار الوقت وصار كانهما سكتا عن الوقت أصلا وجه قول أبي

حنيفة رحمه الله أن وقوع الاشكال فى السن يوجب سقوط اعتبار حكم السبق فبطل تحكيمه فبقى الحكم للوقت فالاسبق أولى وهذا يشكل بالخارج مع ذى اليد وان خالف الوقتين جميعا فهو على ماذكرنا فى الخارج مع ذى اليد وان أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على ملك مطلق فبينة النتاج أولى لما مر هذا اذا ادعى الخارجان الملك من واحد أو اثنين بسببين متفقين من الميراث والشراء والنتاج فان كان بسببين مختلفين فنقول لايخلو اما ان كان من اثنين واما ان كان من واحد فان كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بان ادعى أحدهما انه اشترى هذه الدابة من فلان وادعى الاخر ان فلانا آخر وهبها له وقبضها منه قضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من البائع والواهب فقاما مقامهما كانهما حضرا وادعيا وأقاما البينة على ملك مرسل وكذا لوادعى ثالث ميراثا عن أبيه فانه يقسم بينهم اثلاثا ولوادعى رابع وصدقه يقسم بينهم ارباعا لما قلنا وان كان ذلك من واحد ينظر الى السببين فان كان أحدهما أقوى يعمل به لان العمل بالراجح واجب وان استويا فى القوة يعمل بهما بقدر الامكان على ماهو سبيل دلائل الشرع بيان ذلك اذا أقام أحدهما البينة انه اشترى هذه الدار من فلان ونقده الثمن وقبض الدار وأقام الآخر البينة ان فلانا ذاك وهبها له وقبضها يقضى لصاحب الشراء لانه يفيد الحكم بنفسه والهبة لاتفيد الحكم الا بالقبض فكان الشراء أولى (وكذلك) الشراء مع الصدقة والقبض لما قلنا وكذلك الشراء مع الرهن والقبض لان الشراء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى ولو اجتمعت البينتان مع القبض يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (وقيل) هذا فيما لايحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما (فأما فيما) يحتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضى لهما بشىء على أصل أبى حنيفة رحمه الله فى الهبة من رجلين لحصول معنى الشيوع (وقيل) لا فرق بين مايحتمل القسمة وبين مالا يحتملها هنا لان هذا فى معنى الشيوع الطارىء لقيام البينة على الكل وانه لايمنع الجواز (وكذلك) لو اجتمعت الصدقة مع القبض او الهبة والصدقة مع القبض يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين لكن هذا اذا لم يكن المدعى فى يد أحدهما فان كان يقضى لصاحب اليد بالاجماع لما مر (ولو اجتمع) الرهن والهبة أو الرهن والصدقة فالقياس ان تكون الهبة أولى (وكذا) الصدقة لان كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفى الاستحسان الرهن أولى لان المرهون عندنا مضمون بقدر الدين فاما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى (ولو اجتمع) النكاحان بأن ادعت امرأتان وأقامت كل واحدة منهما البينة على انه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (ولو اجتمع) النكاح مع الهبة أو الصدقة او الرهن فالنكاح أولى لانه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان اقوى ولو اجتمع الشراء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبى يوسف وللمراة نصف نصف القيمة على الزوج وعند محمد الشراء أولى وللمرأة القيمة على الزوج (وجه) قول محمد ان الشراء اقوى من النكاح بدليل انه لايصح البيع بدون تسمية الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا لاتصح التسمية بدون الملك فى البيع وتصح فى باب النكاح كما لو تزوج على جارية غيره دل ان الشراء أقوى من النكاح (وجه) قوله أبى يوسف ان النكاح مثل الشراء فان كل واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه هذا اذا ادعى كل واحد منهما قدر مايدعى الآخر فأما اذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعى الآخر بان ادعى أحدهما كل الدار والآخر نصفها وأقاما البينة على ذلك فانه يقضى لمدعى الكل بثلاثة ارباع الدار ولمدعى النصف بربعها عند أبى حنيفة وعندهما يقضى لمدعى الكل بثلثى الدار ولمدعى النصف بثلثها وانما اختلف جوابهم لاختلافهم فى طريق القسمة فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العدل والمضاربة (وتفسير) القسمة بطريق المنازعة ان ينظر الى القدر الذى وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذى خلا عن المنازعة سالما لمدعيه (وتفسير) القسمة على طريق العدل والمضاربة ان تجمع السهام كلها فى العين فتقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل بسهمه كما فى الميراث والديون المشتركة المتزاحمة والوصايا فلما كانت القسمة عند أبى حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع فهنا يدعى أحدهما

كل الدار والآخر لا ينازعه الا في النصف فبقي النصف الآخر خاليا عن المنازعة فيسلم لمدعي الكل لانه يدعي شيئا لا ينازعه فيه غيره ومن ادعى شيئا لا ينازعه فيه غيره يسلم له والنصف الآخر استوت فيه منازعتهما فيقضى بينهما نصفين فكانت القسمة ارباعا ثلاثة أرباع الدار لمدعي الكل وربعها لمدعي النصف ولما كانت القسمة عندهما على طريق المضاربة يقسم الثمن على مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه فهنا أحدهما يدعي كل الدار والآخر يدعي نصفها فيجعل أخسهما سهما فجعل نصف الدار بينهما واذا جعل نصف الدار بينهما صار الكل سهمين فمدعي الكل يدعي سهمين ومدعي النصف يدعي سهما واحدا فيعطى هذا سهما وذاك سهمين فكانت الدار بينهما اثلاثا ثلثاها لمدعي الكل وثلثها لمدعي النصف والصحيح قسمة أبي حنيفة عليه الرحمة لان الحاجة الى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة ولا منازعة لمدعي الكل الا في النصف فلا يتحقق التعارض الا فيه فيسلم له ما وراءه لقيام الحجة عليه وخلوها عن المعارض فكان ما قاله أبو حنيفة عملا بالدليل بالقدر الممكن وانه واجب هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في ايديهما فبينة مدعي الكل أولى لانه خارج لانه يدعي على صاحبه النصف الذي في يده ومدعي النصف لا يدعي شيئا هو في يد صاحبه لانه لا يدعي الا النصف والنصف في يده فكان مدعي الكل خارجا ومدعي النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج أولى فيقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه ويترك النصف الذي في يده على حاله هذا اذا ادعى الخارجان شيئا في يد ثالث فأنكر الذي في يده فأقام البينة فان لم يقم لهما بينة وطلبا يمين المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل لهما جميعا يقضى لهما بالنكول لان النكول حجة عندنا فان حلف لاحدهما ونكل للآخر يقضى للذي نكل لوجود الحجة في حقه وان حلف لكل واحد منهما يترك المدعى في يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق حتى لو قامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينتهما ويقضى لهما بخلاف ما اذا اقاما البينة وقضى بينهما نصفين ثم أقام صاحب اليد البينة على انه ملكه انه لا تقبل بينته وكذا اذا أقام أحد المدعيين البينة على النصف الذي استحقه صاحبه بعد ما قضى بينهما نصفين لا تسمع بينته (ووجه) الفرق ان بالترك في يد المدعى عليه لم يكن كل واحد من المدعيين مقضيا عليه حقيقة فتسمع منهما البينة (فأما) صاحب اليد فقد صار مقضيا عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعيين بعد ما قضى بينهما نصفين صار مقضيا عليه في النصف والبينة من المقضى عليه غير مسموعة الا اذا ادعى التلقي من جهة المستحق او ادعى النتاج وكذا لو ادعى بائع المقضى عليه او بائع بائعه هكذا وأقام البينة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان القضاء عليه قضاء على الباعة كلهم في حق بطلان الدعوى ان لم يكن قضاء عليهم في حق ولاية الرجوع بالثمن الا اذا قضى القاضي لهذا المشتري بالرجوع على بائعه بالثمن فيرجع هذا البائع على بائعه أيضا هكذا فرق بين هذا او بين الحرية الاصلية ان القضاء بالحرية قضاء على الناس كلهم في حق بطلان الدعوى وثبوت ولاية الرجوع بالثمن على الباعة (ووجه) الفرق بين الملك والعتق على نحو ما ذكرنا من قبل هذا اذا أنكر الذي في يده فان أقر به لاحدهما (فنقول) هذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان قبل اقامة البينة واما ان كان بعد اقامة البينة فان أقر قبل اقامة البينة جاز اقراره ودفع الى المقر له لان المدعى في يده وملكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان أقر بعد اقامة البينة قبل التزكية لم يجز اقراره لانه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة فكان اقرارا على غيره فلا يصح في حق ذلك الغير ولكن يؤمر بالدفع الى المقر له لان اقراره في حق نفسه صحيح وكذا البينة قد لا تتصل بها التزكية فيؤمر بالدفع الى المقر له في الحال فاذا زكيت البينتان يقضى بينهما نصفين لانه تبين ان المدعى كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان ابطالا لحق الغير فلم يصح فالتحق بالعدم وان أقر بعد اقامة البينة وبعد التزكية يقضى بينهما لما قلنا ان اقراره لم يصح فكان ملحقا بالعدم هذا كله اذا كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد أو من الخارجين على ذي اليد فأما اذا كانت من صاحب اليد أحدهما على الآخر بان كان المدعى في أيديهما فان أقام أحدهما البينة انه يقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده ترك في يده وهو معنى قضاء الترك

ولو أقام كل واحد منهما البينة انه له يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذى فى يد صاحبه لان كل واحد منهما فى ذلك النصف خارج ولو لم تقم لاحدهما بينة يترك فى أيديهما قضاء ترك حتى لو قامت لاحدهما بعد ذلك بينة تقبل لانه لم يصر مقضيا عليه حقيقة هذا اذا لم توقت البينتان فان وقتا فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا فالاسبق أولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (وأما) عند محمد فلا عبرة للوقت فى بينة صاحب اليد فيكون بينهما نصفين وان وقت احداهما دون الاخرى يكون بينهما عند أبى حنيفة ومحمد والوقت ساقط وعند أبى يوسف هو لصاحب الوقت وقد مرت الحجج قبل هذا والله تعالى أعلم (وأما) حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك فالاصل فيه ان البينة المظهرة للزيادة أولى كما اذا اختلف المتبايعان فى قدر الثمن فقال البائع بعتك هذا العبد بالفى درهم وقال المشترى اشتريته منك بألف درهم وأقاما البينة فانه يقضى ببينة البائع لانها تظهر زيادة الف وكذا لو اختلفا فى قدر المبيع فقال البائع بعتك هذا العبد بألف وقال المشترى اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بالف وأقاما البينة يقضى ببينة المشترى لانها تظهر زيادة وكذا لو اختلف الزوجان فى قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على الف وقالت المرأة على الفين وأقاما البينة يقضى ببينة المرأة لانها تظهر فضلا ثم انما كانت بينة الزيادة أولى لانه لا معارض لها فى قدر الزيادة فيجب العمل بها فى ذلك القدر لخلوها عن المعارض ولا يمكن الا بالعمل فى الباقى فيجب العمل بها فى الباقى ضرورة وجوب العمل بها فى الزيادة ولا يلزم على هذا الاصل ما اذا اختلف الشفيع والمشترى فى قدر ثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع اشتريتها بألف وقال المشترى بالفين وأقاما البينة انه يقضى ببينة الشفيع عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كانت بينة المشترى تظهر الزيادة لان البينة انما تقبل من المدعى لانها جعلت حجة المدعى فى الاصل والمدعى هناك هو الشفيع لوجود حد المدعى فيه وهو ان يكون مخيرا فى الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فأما المشترى فمجبور على الخصومة ألا ترى لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان هو مدعى عليه والبينة حجة المدعى لا حجة المدعى عليه فى الاصل لذلك قضى ببينة الشفيع لا ببينة المشترى بخلاف ما اذا اختلف البائع والمشترى فى قدر الثمن لان هناك البائع هو المدعى لان المخير فى الخصومة ان شاء خاصم وان شاء لا وفيما اذا اختلفا فى قدر المبيع المدعى هو المشترى الا ترى لو ترك الخصومة يترك وكذا فى باب النكاح المدعى فى الحقيقة هو المرأة لما قلنا فهو الفرق ووجه آخر من الفرق ذكرناه فى كتاب الشفعة وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين فى أجل الثمن فى أصل الاجل أو فى قدره وأقاما البينة ان البينة بينة المشترى لانها تظهر الزيادة وكذا لو اختلفا فى مضيه وأقاما البينة فالبينة بينة المشترى انه لم يمض لانها تظهر زيادة وعلى هذا يخرج اختلافهما فى المسلم فيه فى قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال وأقاما البينة بعد تفرقهما ان البينة بينة رب السلم و يقضى بسلم واحد بالاجماع لانهما اتفقا على ان المسلم اليه لم يقبض الا رأس مال واحد وان اختلفا قبل التفرق فكذلك و يقضى بسلم واحد عند أبى حنيفة وابى يوسف وعند محمد تقبل البينتان جميعا و يقضى بسلمين (وجه) قول محمد ان كل واحد من البينتين قامت على عقد على حدة لاختلاف البدلين فيعمل بهما جميعاً و يقضى بسلمين اذ لا تنافى بينهما ولهما انهما اتفقا على عقد واحد وانما اختلفا فى قدر المعقود عليه قدراً أو جنساً أو صفة و بينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أقوى ولو اختلفا فى رأس المال فى قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه فالبينة بينة المسلم اليه عندهما وعنده تقبل البينتان جميعا و يقضى بسلمين والحجج على نحو ما ذكرنا هذا اذا تصادقا ان رأس المال كان ديناً فان تصادقا انه عين واختلفا فى المسلم فيه فان كان رأس المال عيناً واحدة يقضى بسلم واحد كما اذا قال رب السلم أسلمت اليك هذا الثوب فى كر حنطة وقال المسلم اليه فى كر شعير فالبينة بينة رب السلم لان رأس المال اذا كان عينا واحدة لا يمكن ان يجعل عقدين فيجعل عقداً واحداً و بينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أولى بالقبول واذا كان عينين بان قال رب السلم أسلمت اليك هذا الفرس فى كر حنطة وقال المسلم اليه هذا الثوب فى كر شعير يقضى بسلمين بالاجماع لانه يمكن ان يجعل عقدين فيجعل سلمين هذا كله

اذا كانت الدعوى دعوى الملك فاما دعوى اليد بان تنازع رجلان فى شئ يدعيه كل واحد منهما انه فى يده فعلى كل واحد منهما البينة على اليد لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ولان الملك واليد كل واحد منهما مقصود فى نفسه فتقع الحاجة الى اثبات كل واحد منهما بالبينة فان أقاما جميعاً البينة يقضى بكونه فى أيديهما لاستوائهما فى الحجة وان أقام أحدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعى عليه وان لم تقم لاحدهما بينة فعلى كل واحد منهما اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وكل واحد منهما ينكر دعوى صاحب اليد فيحلف هذا كله اذا قامت البينتان على الملك أو على اليد فاما اذا قامت احدى البينتين على الملك والاخرى على اليد فبينة الملك أولى نحو ما اذا أقام الخارج البينة على ان الدار له منذ سنتين وأقام ذو اليد البينة على انها فى يده منذ ثلاث سنين يقضى بها للخارج لان البينة القائمة على الملك أقوى لان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلة كيد الغصب والسرقة واليد المحقة قد تكون يد ملك وقد تكون يد اعارة واجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينتها معارضة لبينة الملك (واما) دعوى النسب فالكلام فى النسب فى الاصل فى ثلاثة مواضع فى بيان ما يثبت به النسب وفى بيان ما يظهر به النسب وفى بيان صفة النسب الثابت اما ما يثبت به النسب فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان ما يثبت به نسب الولد من الرجل والثانى فى بيان ما يثبت به نسبه من المرأة اما الاول فنسب الولد من الرجل لا يثبت الا بالفراش وهو ان تصير المرأة فراشاً له لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أى لصاحب الفراش الا انه أضمر المضاف فيه اختصاراً كما فى قوله عز وجل واسأل القرية ونحوه والمراد من الفراش هو المرأة فانها تسمى فراش الرجل وازاره ولحافه وفى التفسير فى قوله عز شأنه وفرش مرفوعة انها نساء أهل الجنة فسميت المرأة فراشاً لما انها تفرش وتبسط بالوطء عادة ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة أحدها ان النبي عليه الصلاة والسلام أخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزانى فاقتضى ان لا يكون الولد لمن لا فراش له كما لا يكون الحجر لمن لا زنا منه اذ القسمة تنفى الشركة والثانى انه عليه الصلاة والسلام جعل الولد لصاحب الفراش ونفاه عن الزانى بقوله عليه الصلاة والسلام وللعاهر الحجر لان مثل هذا الكلام يستعمل فى النفى والثالث انه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب الفراش لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش وهذا خلاف النص فعلى هذا اذا زنى رجل بامرأة فجاءت بولد فادعاه الزانى لم يثبت نسبه منه لانعدام الفراش واما المرأة فيثبت نسبه منها لان الحكم فى جانبها يتبع الولادة على ما نذكر ان شاء الله تعالى وقد وجدت وكذلك لو ادعى رجل عبداً صبياً فى يد رجل انه ابنه من الزنا لم يثبت منه كذبه المولى فيه أو صدقه لما قلنا ولو هلك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لانه أقر انه مخلوق من مائه وان ملك أمه لم تصر ام ولد له لان أمومية الولد تتبع ثبات النسب ولم يثبت وكذلك لو كان هذا العبد لاب المدعى أو عمه لما ذكرنا ولو كان لابن المدعى فقال هو ابنى من الزنا يثبت نسبه منه وهو مخطئ فى قوله من الزنا لانه يصير متملكا الجارية عندنا قبيل الاستيلاد أو مقارناً له ولا يتحقق الوطء زناً مع ثبوت الملك ولو كان المدعى غير الاب فقال هو ابنى منها ولم يقل من الزنا فان صدقه المولى ثبت نسبه منه ويكون عبداً للمولى الام وان كذبه لا يثبت النسب للحال واذا ملكه المدعى يثبت النسب ويعتق عليه لان الاقرار بالبنوة مطلقاً عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب وهى الفراش الا انه لم يظهر نفاذه للحال لقيام ملك المولى فاذا ملكه زال المانع وكذلك لو قال هو ابنى من نكاح فاسد أو شراء فاسد وادعى شبهة بوجه من الوجوه أو قال أحلها لى الله ان صدقه المولى يثبت النسب وان كذبه لم يثبت النسب ما دام عبداً فاذا ملكه يثبت النسب ويعتق عليه لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح فى ثبات النسب وكذلك الشبهة فيه ملحقة بالحقيقة فكان هذا اقراراً بالنسب بجهة مصححة للنسب شرعاً الا انه امتنع ظهوره للحال لحق المولى فاذا زال ظهر وعتق لانه ملك ابنه وان ملك امها كانت أم ولد له لانه وجد سبب أمومية الولد وهو ثبوت النسب بناء على وجود سبب الثبوت وهو الاقرار بالنسب بجهة

مصححة له شرعا الا انها توقفت على شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يوجد سبب أمومية الولد أصلا لانعدام سبب ثبوت النسب وهو الاقرار بجهة مصححة شرعا وعلى هذا اذا تصادق الزوجان على ان الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه و يثبت من الزوج لان الفراش له وعلى هذا اذا ادعى رجل صبياً في يد امرأة فقال هو ابني من الزنا وقالت المرأة هو من النكاح لا يثبت نسبه من الرجل ولا من المرأة لان الرجل أقر انه ابنه من الزنا والزنا لا يوجب النسب والمرأة تدعي النكاح والنكاح لا بد له من حجة وكذلك لو كان الامر على العكس بان ادعى الرجل انه ابنه من النكاح وادعت المرأة انه من الزنا لما قلنا ولو قال الرجل بعد ذلك في الفصل الاول هو من النكاح أو قالت المرأة بعد ذلك في الفصل الثاني هو من النكاح يثبت النسب وان كان ذلك منهما تناقضاً لان التناقض ساقط الاعتبار شرعا في باب النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعاً في باب العتق لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الثاني فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح لان اعتبار الفراش انما عرفناه بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أي لمالك الفراش ولا فراش للمرأة لانها مملوكة وليست بمالكة فبقي الحكم في جانبها متعلقا بالولادة واذا عرفت ان نسب الولد من الرجل لا يثبت الا اذا صارت المرأة فراشاً له فلا بد من معرفة ما تصير به المرأة فراشاً وكيفية عمله في ذلك فنقول و بالله التوفيق المرأة تصير فراشاً باحد أمرين احدهما عقد النكاح والثاني ملك اليمين الا ان عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه عقدا موضوعاً لحصول الولد شرعاً قال النبي عليه الصلاة والسلام تناكحوا توالدوا تكثروا فاني أباهي بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سبباً مفضياً الى حصول الولد فكان سبباً لثبات النسب بنفسه و يستوي فيه النكاح الصحيح والفاسد اذا اتصل به الوطء لان النكاح الفاسد ينعقد في حق الحكم عند بعض مشايخنا لوجود ركن العقد من أهله في محله والفاسد ما فاته شرط من شرائط الصحة وهذا لا يمنع انعقاده في حق الحكم كالبيع الفاسد الا انه يمنع من الوطء لغيره وهذا لا يمنع ثبات النسب كالوطء في حالة الحيض والنفاس وسواء كانت المنكوحة حرة أو امة لان المقصود من فراش الزوجية لا يختلف وأما ملك اليمين ففي أم الولد يوجب الفراش بنفسه أيضاً لانه ملك يقصد به حصول الولد عادة كملك النكاح فكان مفضيا الى حصول الولد كملك النكاح الا انه أضعف منه لانه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح وكذا يحتمل النقل الى غيره بالتزويج و ينتفي بمجرد النفي من غير لعان بخلاف ملك النكاح وأما في الامة فلا يوجب الفراش بنفسه بالاجماع حتى لا تصير الامة فراشاً بنفس الملك بلا خلاف وهل تصير فراشاً بالوطء اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله تعالى عنهم لا تصير فراشا الا بقرينة الدعوة وقال الشافعي عليه الرحمة تصير فراشاً بنفس الوطء من غير دعوة وعبارة مشايخنا رحمهم الله في هذا الباب ان الفراش ثلاثة فراش قوي وفراش ضعيف وفراش وسط فالقوي فراش المنكوحة حتى يثبت النسب من غير دعوة ولا ينتفي الا باللعان والوسط فراش ام الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة و ينتفي بمجرد النفي من غير لعان والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة عندنا خلافا للشافعي (وجه) قوله ان ثبات النسب منه لحصول الولد من مائه وهذا يحصل بالوطء من غير دعوة لان الوطء سبب لحصول الولد قصد منه ذلك أولا (ولنا) ان وطء الامة لا يقصد به حصول الولد عادة لانها لا تشترى للوطء عادة بل للاستخدام والاسترباح ولو وطئت فلا يقصد به حصول الولد عادة لان الولد لا يحصل الا بترك العزل والظاهر في الاماء هو العزل والعزل بدون رضاهن مشروع فلا يكون وطؤها سببا لحصول الولد الا بقرينة الدعوة ولانه لما ادعى علم بقرينة الدعوة انه وطئها ولم يعزل عنها والوطء من غير عزل سبب لحصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطئها وحصنها ولم يعزل عنها لا يحل له النفي فيما بينه و بين الله تعالى عز شأنه بل تلزمه الدعوى والاقرار به لانه اذا كان كذلك فالظاهر انه ولده فلا يحل له نفيه فيما بينه و بين الله تعالى بلا خلاف بين أصحابنا رضي الله تعالى عنهم واختلفوا فيما اذا وطئها

وحصنها ولكن عزل عنها أولم يعزل عنها ولكنه لم يحصنها قال أبو حنيفة رضي الله عنه يحل له النفي وقال أبو يوسف رحمه الله أحب الى ان يدعوا اذا كان وطئها ولم يعزل عنها وان لم يحصنها وقال محمد عليه الرحمة أحب الى ان يعتق ولدها و يستمتع بأمه الى ان يقرب موته فيعتقها وجه قول أبي يوسف انه اذا وطئها ولم يعزل عنها احتمل كون الولد منه فلا يحل له النفي بالشك والاحتمال وجه قول أبي حنيفة انه اذا لم يحصنها احتمل كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به بالشك لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك كما ان الثابت بيقين لا يزول بالشك وجه قول محمد انه اذا احتمل كونه من غيره لا يلزمه الاقرار به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولما احتمل كونه منه لا يجوز له النفي أيضا كما قاله أبو يوسف لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى و يستمتع بأمه لان الاستمتاع بالامة وأم الولد مباح و يعتقها عند موته صيانة عن استرقاق الحرة بعد موته عسى و يستوى في فراش الملك ملك كل المحل و بعضه وملك الذات وملك اليد في ثبوت النسب و بيان ذلك في مسائل اذا حملت الجارية في ملك رجلين فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسب الولد منه لان ماله من الملك أوجب النسب بقدره الا أن النسب لا يتجزأ فمتى ثبت في البعض يتعدى الى الكل وتصير الجارية أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه ونصف العقر ولا يضمن قيمة الولد وهي من مسائل كتاب العتق ولو ادعياه جميعا معا فهو ابنهما والجارية أم ولد لهما وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو ابن أحدهما و يتعين بقول القائف وجه قوله ان خلق ولد واحد من ماء فحلين مستحيل عادة ما أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بذلك الا في الكلاب على ما قيل فلا يكون الولد الا من أحدهما و يعرف ذلك بقول القائف فان الشرع ورد بقبول قول القائف في النسب فانه روى أن قائفا مر باسامة و زيد وهما تحت قطيفة واحدة قد غطى وجوههما وأرجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام يشبه بعضها بعضا فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرح بذلك حتى كادت تبرق أسارير وجهه عليه الصلاة والسلام فقد اعتبر عليه الصلاة والسلام قول القائف حيث لم يرد عليه بل قرره باظهار الفرح (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى انه وقعت هذه الحادثة في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه فكتب الى شريح لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما و يرثانه وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا لان سبب استحقاق النسب بأصل الملك وقد وجد لكل واحد منهما فيثبت بقدر الملك حصة للنسب ثم يتعدى لضرورة عدم التجزي فيثبت نسبه من كل واحد منهما على الكمال وأما فرح النبي عليه الصلاة والسلام وترك الرد والنكر فاحتمل انه لم يكن لاعتباره قول القائف حجة بل لوجه آخر وهو ان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي الله عنه وكانوا يعتقدون القيافة فلما قال القائف ذلك فرح رسول الله صلى الله عليه وسلم لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه في الحقيقة بزوال الطعن بما هو دليل الزوال عندهم والمحتمل لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعا معا فهو ابنهم جميعا ثابت نسبه منهم والجارية أم ولد لهم عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين وقال محمد لا يثبت من أكثر من ثلاثة وجه قول أبي يوسف أن القياس يأبى ثبوت النسب من أكثر من رجل واحد لما ذكرنا للشافعي الا انا تركنا القياس في رجلين باثر سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فبقي حكم الزيادة مردودا الى أصل القياس وجه قول محمد ان الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أولاد وكل واحد منهم يجوز أن يخلق من ماء على حدة وقد جاء عن ابراهيم النخعي رحمه الله انه أثبت النسب من ثلاثة فاما الزيادة على الثلاثة في بطن واحد فنادر غاية الندرة فالشرع الوارد في الاثنين يكون واردا في الثلاثة ولابي حنيفة أن الموجب لثبات النسب لا يفصل بين عدد الاثنين والخمسة فالفصل بين عدد وعدد يكون تحكما من غير دليل وسواء كانت الانصباء متفقة أو مختلفة بان كان لاحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقي فالولد ابنهم جميعا فحكم النسب لا يختلف لان سبب ثبات النسب هو أصل الملك لا صفة المالك والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الاستيلاد فيثبت في نصيب كل

واحد بقدر حصته من الملك فلا يتعدى الى نصيب غيره ولو كانت الجارية بين الاب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعا معا فالاب أولى عند علمائنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله يثبت النسب منهما جميعا وجه قوله انهما استويا في سبب الاستحقاق وهو أصل الملك فيستويان في الاستحقاق (ولنا) ان الترجيح لجانب الاب لان نصف الجارية ملكه حقيقة وله حق تمليك النصف الآخر وليس للابن الا ملك النصف فكان الاب أولى و يتملك نصيب الابن من الجارية بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاد في نصيبه لانه لا يتجزأ فلا يتصور ثبوته في البعض دون البعض كما في الجارية المشتركة بين الاجنبيين و يضمن كل واحد منهما للآخر نصف العقر لان الوطء من كل واحد منهما في قدر نصيب شريكه حصل في غير الملك كما في الاجنبيين يضمن كل واحد منهما نصف العقر للآخر ثم يكون النصف بالنصف قصاصا كما في الاجانب وهذا بخلاف حالة الانفراد فان أمة لرجل اذا جاءت بولد فادعاه أبوه ثبت نسبه منه ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة لان هناك صار متملكا الجارية ضرورة صحة الاستيلاد سابقا عليه أو مقارنا له لانعدام حقيقة الملك فجعل الوطء في الملك وههنا الاستيلاد صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا حاجة الى التملك لصحة الاستيلاد وانه صحيح بدونه وانما يثبت ضرورة ثبوت الاستيلاد في نصيبه لانه يحتمل التجزي على ماذكرنا هو الفرق وكذلك الجد عند عدم الاب لانه بمنزلة الاب عند عدمه ولو كان بين الجد والحافد جارية فجاءت بولد فادعياه معا والاب حي يثبت النسب منهما جميعا لان الجد حال قيام الاب بمنزلة الاجنبي ولو ادعى الولد أحد المالكين وأب المالك الآخر فالمالك أولى لان له حقيقة الملك ولاب المالك الآخر حق التملك فكان المالك الحقيقي أولى هذا كله اذا كان الشريكان المدعيان حرين مسلمين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لان اثبات النسب منه أنفع حيث يصل هو الى حقيقة الحرية وأمه الى حق الحرية وكذلك لو كان أحدهما حرا والآخر عبدا مكاتبا فالحر أولى لان الولد يصل الى حقيقة الحرية ولو كان أحدهما مكاتبا والآخر عبدا فالمكاتب أولى لانه حر يدا فكان أنفع للولد ولو كانا عبدين يثبت النسب منهما جميعا لكن هل يشترط فيه تصديق المولى فيه روايتان ومنهم من وفق بين الروايتين فحمل شرط التصديق على ما اذا كان العبد محجوراً وحمل الاخرى على ما اذا كان مأذونا عملا بهما جميعا ولو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى استحسانا والقياس أن يثبت نسبه منهما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة و زفر وجه القياس أن النسب حكم الملك وقد استويا في الملك فيستويان في حكمه كما في سائر الاحكام المتعلقة بالملك وجه الاستحسان ان اثبات النسب من المسلم أنفع للصبي لانه يحكم باسلامه تبعا له وكذلك لو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالقياس ان يثبت النسب منهما لاستوائهما في الملك وفي الاستحسان الكتابي أولى لانه أقرب الى الاسلام من المجوسي فكان أنفع للصبي ولو كان أحدهما عبدا مسلما أو مكاتبا مسلماً والآخر حرا كافرا فالحر أولى لان هذا أنفع للصبي لانه يمكنه ان يكتسب الاسلام بنفسه اذا عقل ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال ولو كان أحدهما ذميا والآخر مرتدا فهو ابن المرتد لان ولد المرتد على حكم الاسلام ألا ترى انه اذا بلغ كافرا يجبر على الاسلام واذا أجبر عليه فالظاهر انه يسلم فكان هذا أنفع للصبي هذا كله اذا خرجت دعوة الشريكين معاً فاما اذا سبقت دعوة أحدهما في هذه الفصول كلها كائنا من كان فهو أولى لان النسب اذا ثبت من انسان في زمان لا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان هذا اذا حملت الجارية في ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو ادعياه جميعا فاما اذا كان العلوق قبل الشراء بان اشترياها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما فاما حكم نسب الولد وصيرورة الجارية أم ولد له وضمان نصف قيمة الام موسرا كان أو معسرا فلا يختلف و يختلف حكم العقر والولد فلا يجب العقر هنا و يجب هناك لان الاقرار بالنسب هنا لا يكون اقرارا بالوطء لتيقننا بعدم العلوق في الملك بخلاف الاول والولد يكون بمنزلة عبد بين شريكين أعتقه أحدهما لان ابتداء العلوق لم يكن في ملكه فلم يجز اسناد الدعوى الى حالة العلوق الا انه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه ودعوى الملك بمنزلة انشاء الاعتاق ولو أعتق هذا

الولد يضمن نصيب شريكه منه ان كان موسرا ولم يضمن ان كان معسرا كذا هذا بخلاف ما اذا علقت الجارية في ملكهما الان هناك استندت الدعوة الى حال العلوق فسقط الضمان وهنا لا تستند فلا بد من افراد الولد بالضمان والولاء بينهما وان ادعياه فهو ابنهما ولا عقر لواحد منهما على صاحبه كما في الاول ولا يفترقان الا في الولاء فان ثبت هنا لا يثبت هناك لان الدعوة ثمة دعوة الاستيلاد فيعلق الولد حرا والدعوة هنا دعوة تحرير وانه يوجب استحقاق الولاء قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولو كانت الجارية المشتراة زوجة أحدهما فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة لانها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فقد تيقنا ان علوق الولد كان من النكاح وعقد النكاح يوجب الفراش بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية لانها صارت أم ولد له فصار متملكا نصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لانه عتق عليه من غير صنعه ولو اشترى اخوان جارية حاملا فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد لان دعوته دعوة تحرير فاذا ادعاه فقد حرره والتحرير اتلاف نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة لان الدعوة من أخيه اعتاق حقيقة فيضاف العتق اليه لا الى القرابة هذا اذا ولدت الجارية المشتركة ولدا فادعاه أحد الشريكين أو ادعياه جميعا فأما اذا ولدت ولدين فادعى كل واحد منهما ولدا على حدة فنقول هذا في الاصل لا يخلو اما أن ولدتهما في بطن واحد واما أن ولدتهما في بطنين مختلفين والدعوتان اما أن خرجتا جميعا معا واما أن سبقت احداهما الاخرى فان ولدت الجارية الولدين في بطن واحد فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الولدين منهما جميعا لان دعوة أحد التوأمين دعوة الآخر لاستحالة الفصل بينهما في النسب لعلوقهما من ماء واحد فكانت دعوة أحدهما دعوة الآخر ضرورة وان سبق أحدهما بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لانه ثبت نسب المدعى ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر وعتقا جميعا لعلوقهما حرى الاصل وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف العقر ونصف قيمة الجارية والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا ولدتهما في بطن واحد فأما اذا ولدتهما في بطنين مختلفين فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الاكبر من مدعى الاكبر بلا شك وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف قيمة الجارية ونصف العقر لمدعى الاصغر وهل يثبت نسب الولد الاصغر من مدعى الاصغر فالقياس ان لا يثبت الا بتصديق مدعى الاكبر وفي الاستحسان يثبت وجه القياس ان الجارية صارت أم ولد لمدعى الاكبر لثبوت نسب الاكبر منه فمدعى الاصغر يدعى ولد أم ولد الغير ومن ادعى ولد أم ولد الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه الاستحسان أن مدعى الاكبر غير مدعى الاصغر حيث أخر الدعوة الى دعوته فصار مدعى الاصغر بتأخير دعوة الاكبر مغرورا من جهته وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة وعلى مدعى الاصغر العقر لمدعى الاكبر لكن نصف العقر أو كله ففيه اختلاف الروايتين والتوفيق بينهما ممكن لان رواية نصف العقر على مدعى الاصغر جواب حاصل ما عليه من العقر بعد القصاص وهو النصف ورواية الكل بيان ما عليه قبله لان مدعى الاكبر قد غرم نصف العقر لمدعى الاصغر فالنصف بالنصف يلتقيان قصاصا فلا يبقى على مدعى الاصغر بعد المقاصة الا النصف فأمكن التوفيق بين الروايتين من هذا الوجه وعلى مدعى الاصغر قيمة الولد الاصغر لانه ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم فاذا على مدعى الاصغر نصف العقر وكل قيمة الولد وعلى مدعى الاكبر نصف قيمة الجارية لصيرورتها أم ولد له فيصير نصف قيمة الجارية الذي على مدعى الاكبر قصاصا بنصف العقر وقيمة الولد الذي على مدعى الاصغر ويترادان الفضل هذا اذا خرجت الدعوتان جميعا معا فادعى أحدهما الاكبر والآخر الاصغر فأما اذا سبق أحدهما بالدعوة فان ادعى السابق الاكبر أولا فقد ثبت نسب الاكبر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وغرم لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر بعد ذلك اذا ادعى الآخر الاصغر فقد ادعى ولد أم ولد الغير فلا بد من التصديق لثبات النسب فان صدقه ثبت النسب ويكون على حكم أمه وان كذبه لا يثبت النسب هذا اذا ادعى السابق بالدعوة الاكبر

أولا فاما اذا ادعى الاصغر أولا ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه الآخر والاكبر بعد رقيق بينهما لانه ولد جارية مملوكة بينهما لم يدعه أحد فاذا ادعاه الشريك الآخر بعد ذلك صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه وثبت نسبه منه والشريك الآخر بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وان كان معسرا فله خيار الاعتاق والاستسعاء لا غير وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان موسرا فله تضمين الموسر لا غير وان كان معسرا فله الاستسعاء على ما علم في كتاب العتاق ولو قال أحدهما الاكبر ابني والاصغر ابن شريكي ثبت نسب الاكبر منه وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر لشريكه والاصغر ولد أم ولده أقر بنسبه لشريكه فان صدقه شريكه ثبت نسبه منه ولا يعتق وان كذبه لا يثبت النسب وكذلك لو قدم وأخر بأن قال الاصغر ابني والاكبر ابن شريكي ثبت نسب الاصغر منه ونسب الاكبر موقوف على تصديق شريكه ولو قال أحدهما الاصغر ابني والاكبر ابن شريكي أو قدم وأخر فقال الاكبر ابن شريكي والاصغر ابني ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وعتق وضمن لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر ونسب الاكبر موقوف على تصديق شريكه فان صدقه ثبت النسب منه ويغرم لمدعي الاصغر نصف قيمة الاكبر وان كذبه صار كعبد بين شريكين شهد أحدهما على صاحبه بالاعتاق وكذبه صاحبه لما علم في كتاب العتاق ولو ولدت جارية في يد انسان ثلاثة أولاد فادعى أحدهم فنقول لا يخلو اما ان ولدوا في بطن واحد واما أن ولدوا في بطون مختلفة ولا يخلو اما ان ادعى أحدهم بعينه واما ان ادعى أحدهم بغير عينه فان ولدوا في بطن واحد فادعى أحدهم بغير عينه فقال أحد هؤلاء ابني أو عين واحدا منهم فقال هذا ابني عتقوا وثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقين لانهم توأم علقوا من ماء واحد فلا يفصل بين البعض والبعض في النسب واذا ثبت نسبهم صارت الجارية أم ولد له هذا اذا ولدوا في بطن واحد واما اذا ولدوا في بطون مختلفة فقال الاكبر ولدي ثبت نسبه منه وصارت الجارية أم ولد له وهل يثبت نسب الاوسط والاصغر القياس أن يثبت وهو قول زفر رحمه الله ويكون حكمهما حكم الام وفي الاستحسان لا يثبت وجه القياس ظاهر لانه لما ثبت نسب الاكبر فقد صارت الجارية أم ولد له فكان الاوسط والاصغر ولد أم الولد وولد أم الولد يثبت نسبه من مولاها من غير دعوة ما لم يوجد النفي منه ولم يوجد وجه الاستحسان أن النفي فيه وان لم يوجد نصا فقد وجد دلالة وهو الاقدام على تخصيص أحدهم بالدعوة فان ذلك دليل نفي البواقي اذ لو لم يكن كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل في استحقاق الدعوة معنى هذا اذا ادعى الاكبر فاما اذا ادعى الاوسط فهو حر ثابت النسب منه وصارت الجارية أم ولد له والاكبر رقيق لانه ولد على ملكه ولم يدعه أحد وهل يثبت نسب الاصغر فهو على ما ذكرنا من القياس والاستحسان هذا اذا ادعى الاوسط فاما اذا ادعى الاصغر فهو حر ثابت النسب والجارية أم ولد له والاكبر والاوسط رقيقان لما ذكرنا هذا اذا ادعى أحدهم بعينه فاما اذا ادعى بغير عينه فقال أحد هؤلاء ابني فان بين فالحكم فيه ما ذكرنا وان مات قبل البيان عتقت الجارية بلا شك لانه لما ادعى نسب أحدهم فقد أقر ان الجارية أم ولد له وأم الولد تعتق بموت السيد وأما حكم الاولاد في العتق فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه رضوان الله تعالى عليهم في كتاب العتاق عبد صغير بين اثنين أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر ثبت نسبه منه عند أبي حنيفة رحمه الله ونصف ولائه للآخر وعندهما لا يثبت نسبه بناء على أن الاعتاق يتجزأ عنده فيبقى نصيب المدعي على ملكه فتصح دعوته فيه وعندهما لا يتجزأ أو يعتق الكل فلم يبق للمدعي فيه ملك فلم تصح دعوته وان كان العبد كبيرا فكذلك عنده لما ذكرنا انه يبقى الملك له في نصيبه وعندهما ان صدقه العبد ثبت النسب والا فلا لانه عتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصديقه ويخرج على الاصل الذي ذكرنا دعوة العبد المأذون ولد جارية من اكسابه انها تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك اليد ثابت له وانه كاف لثبات

النسب ولوادعى المضارب ولدجارية المضاربة لم تصح دعوته اذا لم يكن فى المضاربة ربح لانه لا بدلثبات النسب من ملك ولا ملك للمضارب أصلا لا ملك الذات ولا ملك اليد اذا لم يكن فى المضاربة ربح ولوادعى ولدا من جارية لمولاه ليس من تجارته وادعى ان مولاها أحلها له أو زوجها منه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المولى لانه أجنبي عن ملك المولى لانعدام الملك له فيه أصلا فالتحق بسائر الاجانب الا فى الحد فان كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه نفذت دعوته لانه أقر بجهة مصححة للنسب لكن توقف نفاذه لحق المولى وقد زال ولو تزوج المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح باذن المولى أولا لان النسب ثبت بالنكاح صحيحا كان أو فاسدا وعلى هذا دعوة المكاتب ولد جارية من اكسابه صحيحة لان ملك اليد والتصرف ثابت له كالمأذون واذا ثبت نسب الولد منه لم يجز بيع الولد ولا بيع الجارية أما الولد فلانه مكاتب عليه ولا يجوز بيع المكاتب وأما الأم فلا نه له فيها حق ملك ينقلب ذلك الحق حقيقة عند الاداء فمنع من بيعها والعبد المسلم والذمى سواء فى دعوى النسب وكذا المكاتب المسلم والذمى لان الكفر لا ينافى النسب ويستوى فى دعوته الاستيلاد وجود الملك وعدمه عند الدعوة بعد ان كان العلوق فى الملك فان كان العلوق فى غير الملك كانت دعوته دعوة تحرير فيشترط قيام الملك عند الدعوة فان كان فى ملكه يصح وان كان فى ملك غيره لا يصح الا بشرط التصديق أو البينة فنقول جملة الكلام فيه ان الدعوة نوعان دعوة الاستيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هى ان يكون علوق المدعى فى ملك المدعى وهذه الدعوة تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطء فيتبين انه علق حرا ودعوة التحرير هو ان يكون علوق المدعى فى غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطء لعدم الملك وقت العلوق وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا ولدت جارية فى ملك رجل لستة أشهر فصاعدا فلم يدع الولد حتى باع الام والولد ثم ادعى الولد صحت دعوته ويثبت النسب منه وعتق وظهر أن الجارية أم ولد له ويبطل البيع فى الجارية وفى ولدها وهذا استحسان وفى القياس ان لا تصح دعوته ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوة وجه الاستحسان أن قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة بل الشرط أن يكون علوق الولد فى الملك لان هذه الدعوة تستند الى وقت العلوق فاذا كان علوق الولد فى ملك المدعى فقد ثبت له حق استحقاق النسب وانه لا يحتمل البطلان كما لا يحتمل حقيقة النسب فلم يبطل البيع وصحت دعوته وظهر ان الجارية كانت أم ولد فلم يصح بيعها وبيع ولدها فيردها وولدها ويرد الثمن ولو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشترى بوجه من الوجوه ينظر ان كان ذلك يحتمل الفسخ يفسخ وان لم يحتمله لا يفسخ الا لضرورة فنقول بيانه اذا كان المشترى باع الولد أو وهبه أو رهنه أو آجره أو كاتبه فادعاه البائع نقض ذلك وثبت النسب لان هذه التصرفات مما يحتمل الفسخ والنقض وكذلك لو كان المشترى باع الام أو كاتبها أو رهنها أو آجرها أو زوجها لما قلنا ولو كان أعتقها أو أعتق الولد لم تصح دعوة البائع لان العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطلان الا لضرورة لانه يعقبه أثرا لا يحتمل البطلان وهو الولاء وكذلك لو مات الولد أو قتل لان الميت مستغن عن النسب وكذلك لو كان المشترى باع الولد فأعتقه المشترى أو دبره أو مات عبده لم تصح دعوة البائع لما قلنا ولو كان المشترى أعتق الام أو دبرها دون الولد صحت دعوته فى الولد ولم تصح فى الام وفسخ البيع فى الولد ولا يفسخ فى الام لان المانع من الفسخ خص الام ولا تصير الجارية أم ولد له لان أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه فى الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولد له للحال الا أن يملكها بوجه من الوجوه واذا فسخ البيع فى الولد يرد البائع من الثمن حصة الولد فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فتعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لانه انما صار ولدا بالولادة فتعتبر قيمته يومئذ فيسقط قدر قيمة الام ويرد قدر قيمة الولد ولو كانت قطعت يد الولد عند المشترى وأخذ أرشها ثم ادعاه البائع ثبت نسبه وسلم الارش للمشترى لان هذه دعوة الاستيلاد وانها تستند الى

وقت

وقت العلوق ومن شأن المستند أن يثبت للحال أولا ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال لاستحالة ثبوت الحكم فى الهالك واليد المقطوعة هالكة فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد ويسقط عن البائع من الثمن حصة الولد لانه سلم البدل للمشترى وهو الارش ولو ماتت الام ثم ادعى البائع الولد صحت دعوته وثبت النسب لان محل النسب قائم وهو الولد وأمومية الولد ليست من لوازم ثبوت النسب لما تقدم فثبت نسب الولد وان لم تصر الجارية أم ولد له وهل يرد جميع الثمن عند أبى حنيفة نعم وعندهما لا يرد الا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمتان ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما أصاب قيمة الام يسقط وما أصاب قيمة الولد يرد لانه ظهر أن الجارية أم ولده ومن باع أم ولده ثم هلكت عند المشترى لا تكون مضمونة عليه عنده وعندهما تكون مضمونة عليه ولقب المسئلة أن أم الولد غير متقومة من حيث انها مال عنده وعندهما متقومة وهى من مسائل العتاق وعلى هذا اذا باعها والحمل غير ظاهر فولدت فى يد المشترى لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع وعلى هذا اذا حملت الجارية فى ملكه فباعها وهى حامل فولدت عند المشترى لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع هذا اذا ولدت ولداً (فأما) اذا ولدت ولدين فى بطن واحد فادعى البائع فان ادعاهما ثبت نسب الولدين منه وهذا ظاهر وكذا اذا ادعى أحدهما صحت دعوته ولزمه الولدان جميعا لما مر أن التوأمين لا يحتملان الفصل فى النسب لانخلاقهما من ماء واحد فان ولدت أحدهما لاقل من ستة والآخر لاكثر من ستة أشهر فادعى احدهما ثبت نسبهما ويجعل كأنهما ولدتهما جميعا عند البائع لاقل من ستة أشهر لانهما كانا جميعا فى البطن وقت البيع ولو ولدتهما عند البائع فباع أحد الولدين مع الام ثم ادعى الولد الذى عنده ثبت نسبه ونسب الولد المبيع أيضا سواء كان المشترى ادعاه أو أعتقه لما ذكرنا أنهما لا يحتملان الفصل فى ثبات النسب فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وكذلك لو ولدتهما عند المشترى فأعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما جميعا وينتقض العتق ضرورة فرقا بين الولد وبين الام انه لو كان أعتق الام فادعى البائع الولد لا ينتقض العتق فى الام وينتقض فى الولد لان العتق لا يحتمل الفسخ مقصوداً وانما يحتمله للضرورة وفى الولد ضرورة عدم الاحتمال للانفصال فى النسب ولا ضرورة فى الام لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن اثبات النسب فى الجملة ولو قطعت يد أحد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكان الارش للمشترى لا للبائع الا أن يقيم البائع البينة على الدعوة قبل البيع فتكون له لما ذكرنا أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت فى الحال ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال واليد المقطوعة هالكة فلا يظهر أثر الدعوة فيها ولو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكانت قيمة المقتول لورثة المقتول لا للمشترى فرقا بين القتل والقطع (ووجه) الفرق أن محل حكم الدعوة مقصوداً هو النفس وانما يظهر فى الاطراف تبعا للنفس وبالقطع انقطعت التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الارش للمشترى ونفس كل واحد من التوأمين أصل فى حكم الدعوة فمتى صحت فى أحدهما تصح فى الآخر وان كان مقتولا ضرورة انه لا يتصور الفصل بينهما فى النسب ومتى صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق لانها دعوة الاستيلاد فتبين انهما علقا حرين فكان ينبغى أن تجب الدية لورثة المقتول لا القيمة الا انه وجبت القيمة لان صحة هذه الدعوة بطريق الاستناد والمستند يكون ظاهراً من وجه مقتصراً على الحال من وجه فعملنا بالشبهين فأوجبنا القيمة عملا بشبه الاقتصار وجعلنا الواجب لورثة المقتول عملا بشبه الظهور عملا بالدليلين بقدر الامكان وكذلك لو أعتق المشترى أحدهما ثم قتل وترك ميراثا فأخذ ديته وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين فانه يقضى بالحى وامه للبائع ويثبت نسب الولد المقتول منه ويأخذ الدية والميراث من المشترى لما قلنا هذا اذا ولدت فى يد المشترى لاقل من ستة أشهر من وقت البيع فان ولدت لستة أشهر فصاعدا لم تصح دعوة البائع الا أن يصدقه المشترى لانا لم نتيقن بالعلوق فى الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة دعوة استيلاد فتصحح دعوة تحرير ويشترط لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعى وقت الدعوة ولم يوجد فلا تصح الا اذا صدقه المشترى فتصح لانه أقر بنسب عبد غيره وقد صدقه الغير فى ذلك فثبت نسبه ويكون عبداً لمولاه ولو

ادعى المشترى نسبه بعد تصديقه البائع لم يصح لما مر أن النسب متى ثبت لانسان فى زمان لا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك هذا كله اذا كانت الدعوى من البائع فان كانت من المشترى وقد ولدت لاقل من ستة أشهر صحت دعوته وثبت النسب لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لتيقننا ان العلوق لم يكن فى الملك فيستدعى قيام الملك وقت الدعوة وقد وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا تسمع دعوته لما مر أن اثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يمتنع ولو ادعاه البائع والمشترى معاً فدعوة البائع أولى لان دعوته دعوة استيلاد لوقوع العلوق فى الملك وانها تستند الى وقت العلوق ودعوة المشترى دعوة تحرير لوقوع العلوق فى غير الملك بيقين وانها تقتصر على الحال والمستند أولى لانه سابق فى المعنى والاسبق أولى كرجلين ادعيا تلقى الملك من واحد وتاريخ أحدهما أسبق كان الاسبق أولى كذا هذا وعلى هذا اذا ولدت أمة رجل ولداً فى ملكه لستة أشهر فصاعداً فادعاه أبوه ثبت نسبه منه سواء ادعى شبهه أو لا صدقه الابن فى ذلك أو كذبه لان الاقرار بنسب الولد اقرار بوطء الجارية والاب اذا وطئ جارية ابنه من غير نكاح يصير متملكا اياها لحاجته الى نسب ولد يحيا به ذكره ولا يثبت النسب الا بالملك وللاب ولاية تملك مال ابنه عند حاجته اليه ألا ترى انه يتملك ماله عند حاجته الى الانفاق على نفسه كذا هذا الا أن هناك يتملك بغير عوض وهنا بعوض وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين اذ الحاجة هناك الى ابقاء النفس والحاجة هنا الى ابقاء الذكر والاسم والتملك بغير عوض أقوى من التملك بعوض لان ما قابله عوض كان تملكا صورة لا معنى وقد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استيفاء المهجة بالتملك بغير بدل وحاجة استيفاء الذكر بالتملك ببدل رعاية للجانبين جانب الابن وجانب الاب وتصديق الابن ليس بشرط فسواء صدقه الابن فى الدعوى والاقرار أو كذبه يثبت النسب فرقا بين هذا وبين المولى اذا ادعى ولد أمة مكاتبه انه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المكاتب (ووجه) الفرق ظاهر لانه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبيا عنه فوقعت الحاجة الى تصديقه وللاب ولاية على مال ابنه فلا يحتاج الى تصديقه لصحة هذه الدعوة لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية فى ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو اشتراها الابن فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر فادعاه الاب لا تصح دعوته لانعدام الملك وقت العلوق وكذا لو باعها فجاءت بولد فى يد المشترى لاقل من ستة أشهر فادعاه الاب لم تصح لانعدام الملك وقت الدعوة وكذا لو كان العلوق فى ملكه وولدت فى ملكه وخرجت عن ملكه فيما بينهما لانقطاع الملك فيما بينهما ثم انما كان قيام الملك للابن فى الجارية من وقت العلوق الى وقت الدعوة شرطا لصحة هذه الدعوة لان الملك يثبت مستنداً الى زمان العلوق ولا يثبت الملك الا بالتملك ولا تملك الا بولاية التملك لان تملك مال الانسان عليه كرها وتنفيذ التصرف عليه جبرا لا يكون الا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فاذا لم تكن الجارية فى ملكه من وقت العلوق الى وقت الدعوة لم تتم الولاية فلا يستند الملك وكذلك الاب لو كان كافراً أو عبداً فادعى لا تصح دعوته لان الكفر والرق ينفيان الولاية ولو كان كافراً فأسلم أو عبداً فأعتق فادعى نظر فى ذلك ان ولدت بعد الاسلام أو الاعتاق لاقل من ستة أشهر لم تصح دعوته لانعدام ولاية التملك وقت العلوق وان ولدت لستة فصاعداً صحت دعوته ويثبت النسب لقيام الولاية ولو كان معتوها فأفاق صحت دعوته استحسانا والقياس أن لا تصح لان الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق (وجه) الاستحسان ان الجنون أمر عارض كالاغماء وكل عارض على أصل اذا زال يلتحق بالعدم من الاصل كأنه لم يكن كما لو أغمى عليه ثم أفاق ولو كان مرتداً فادعى ولد جارية ابنه فدعوته موقوفة عند أبى حنيفة لتوقف ولايته وعندهما صحيحة لنفاذ ولايته بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة واذا ثبت الولد من الاب فنقول صارت الجارية أم ولد ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر والشافعى رحمهما الله يجب عليه العقر (وجه) قولهما أن الملك ثبت شرطا لصحة الاستيلاد والاستيلاد ايلاج منزل معلق فكان الفعل قبل الانزال خاليا عن الملك فيوجب العقر ولهذا يوجب نصف العقر فى الجارية المشتركة بين الاجنبيين اذا جاءت بولد فادعاه أحدهما لان

الوطء في نصيب شريكه حصل في غير الملك فيوجب نصف العقر (ولنا) أن الايلاج المنزل المعلق من أوله الى آخر ايلاج واحد فكان من أوله الى آخره استيلادا فلا بد وأن يتقدمه الملك أو يقارنه على جارية مملوكة لنفسه فلا عقر بخلاف الجارية المشتركة لان ثمة لم يكن نصيب الشريك شرطا لصحة الاستيلاد وثبات النسب لان نصف الجارية ملكه وقيام أصل الملك يكفي لذلك وانما يثبت حكما الثابت في نصيبه قضية للنسب ضرورة انه لا يتجزأ وحكم الشيء لا يسبقه بل يتعقبه فوطء المدعي صادف نصيبه ونصيب شريكه ولا ملك له في نصيب شريكه والوطء في غير الملك يوجب الحد الا انه سقط للشبهة فوجب العقر وهنا التملك ثبت شرطا لثبوت النسب وصحة الاستيلاد وشرط الشيء يكون سابقا عليه أو مقارنا له فالوطء صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد أيضا لانه علق حرا وان كانت الجارية مملوكة لا ولاء عليه لان ذلك حكم الاعتاق فيستدعي تقدم الرق ولم يوجد ودعوة الجد أبي الاب ولد جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الاب عند انعدامه أو عند انعدام ولايته (فأما) عند قيام ولايته فلا حتى لو كان الجد نصرانيا والحافد مثله والاب مسلم لم تصح دعوة الجد لقيام ولاية الاب وان كان الاب ميتاً أو كان كافراً أو عبداً تصح دعوة الجد لانقطاع ولاية الاب وكذا اذا كان الاب معتوها من وقت العلوق الى وقت الدعوة صحت دعوة الجد لما قلنا فان أفاق ثم ادعى الجد لم تصح دعوته لانه لما أفاق فقد التحق العارض بالعدم من الاصل فعادت ولاية الاب فسقطت ولاية الجد ولو كان الاب مرتدا فدعوة الجد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله فان قتل على الردة أو مات صحت دعوة الجد وان أسلم لم تصح لتوقف ولايته عنده كتوقف تصرفاته وعندهما لا تصح دعوة الجد لان تصرفاته عندهما نافذة فكانت ولايته قائمة هذا اذا وطئ الاب جارية الابن من غير نكاح (فأما) اذا وطئها بالنكاح ثبت النسب من غير دعوة سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد لان النكاح يوجب الفراش بنفسه صحيحا كان أو فاسدا ولا يملك الجارية لانه وطئها على ملك الابن بعقد النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا النكاح لما علم في كتاب النكاح ويعتق الولد على أخيه بالقرابة لان النسب انما يثبت بعقد النكاح لا بملك اليمين فبقيت الجارية على ملك الابن وقد ملك الابن أخاه فيعتق عليه فان ملك الاب الجارية بوجه من الوجوه صارت أم ولد له لوجود سبب أمومية الولد وهو ثبات النسب الا انه توقف حكمه على وجود الملك فاذا ملكها صارت أم ولد له هذا كله اذا ادعى الاب ولد جارية ابنه فأما اذا ادعى ولد أم ولده أو مدبرته بأن جاءت بولد فنفاه الابن حتى انتفى نسبه منه ثم ادعاه الاب لم يثبت نسبه منه في ظاهر الرواية وعليه نصف العقر وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه فرق بين ولد أم الولد وبين ولد المدبرة فقال لا يثبت نسب ولد أم الولد ويثبت نسب ولد المدبر ويضمن الاب وعليه قيمة الولد والعقر والولاء للابن (وجه) هذه الرواية أن اثبات النسب لا يقف على ملك الجارية لا محالة فان نسب ولد الامة المنكوحة يثبت من الزوج والامة ملك المولى (وأما) القيمة فلانه ولد ثابت النسب علق حرا فأشبه ولد المغرور فيكون حرا بالقيمة والولاء للابن لانه استحقه بالتدبير وانه لا يحتمل الفسخ بعد الاستحقاق بخلاف ولد أم الولد لان أم الولد فراش لمولاها فكان الولد مولودا على فراش الابن والمولود على فراش انسان لا يثبت نسبه من غيره وان انتفى عنه بالنفي كما في اللعان والصحيح جواب ظاهر الرواية لان النسب لا يثبت الا بالملك وأم الولد والمدبرة لا يحتملان التملك ويضمن العقر لانه اذا لم يتملكها فقد حصل الوطء في غير الملك وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر هذا اذا لم يصدقه الابن في الدعوى بعد ما نفاه فان صدقه ثبت النسب بالاجماع لان نسب ولد جارية الاجنبي يثبت من المدعي بتصديقه في النسب فنسب ولد جارية الابن أولى ويعتق على الابن لان أخاه ملكه وولاؤه له لان الولاء لمن أعتق ولو ادعى ولد مكاتبة ابنه لم يثبت نسبه منه لان النسب لا يثبت بدون الملك والمكاتبة لا تحتمل التملك فلا تصح دعوته الا اذا عجزت فتنفذ دعوته لانها اذا عجزت فقد عادت قنا وجعل المعارض كالعدم من الاصل فصار كالوادعى قبل الكتابة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصــل﴾ وأما بيان ما يظهر به النسب فالنسب يظهر بالدعوة مرة و بالبينـة أخرى أما ظهور النسب بالدعوة فيستدعى شرائط صحة الدعوة والاقرار بالنسب وسنذكره فى كتاب الاقرار الا أنه قد يظهر بنفس الدعوة وقد لا يظهر الا بشريطة التصديق فنقول جملة الكلام فيه ان المدعى نسبه اما أن يكون فى يد نفســه واما أن لا يكون فان كان فى يد نفسه لا يثبت نسبه من المدعى الا اذا صدقه لانه اذا كان فى يد نفسه فاقراره يتضمن ابطال يده فلا تبطل الا برضاه وان لم يكن فى يد نفسه فاما أن يكون مملوكا واما ان لم يكن فان كان مملوكا يثبت نسـبه بنفس الدعوة اذا كان فى ملك المدعى وقت الدعوة وان كان فى ملك غيره عند الدعوة فان كان علوقه فى ملك المدعى ثبت نسـبه بنفس الدعوة أيضا وان لم يكن علوقه فى ملكه لا يثبت نسبه الا بتصـديق المالك على ما ذكرنا وان لم يكن مملوكا فاما ان لم يكن فى يد أحد لا فى يد غيره ولا فى يد نفسه كالصبى المنبوذ واما ان كان فى يد أحد كاللقيط فان لم يكن فى يد أحد ثبت نسبه بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت (وجه) القياس انه ادعى أمراً جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحـد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة (وجه) الاستحسان انه عاقل أخـبر بما هو محتمـل الثبوت وكل عاقل أخبر بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن به وهو الاصل الا اذا كان فى تصـديقه ضرر بالغير وهنا فى التصديق نظر من الجانبين جانب اللقيط بالوصول الى شرف النسب والحضانة والتربية وجانب المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق العاقل فى دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر غيره به واجب ولو ادعاه رجـلان ثبت نسبه منهما عندنا وعنـد الشافعى رحمه الله لا يثبت الا من أحـدهما و يتعين بقبول القافة على ما ذكرنا ولو ادعاه أكثر من رجلين فعند أبى حنيفة رحمه الله يثبت نسـبه من خمسة وعند أبى يوسف رحمـه الله من اثنين وعند محمد رحمه الله من ثلاثة وقد مرت المسئلة ولو ادعته امرأتان صحت دعوتهما عند أبى حنيفـة وعندهما لا تصح وسـنذكر الحجج من بعد ان شاء الله تعالى هذا اذا لم يكن فى يد أحد فان كان وهو اللقيط ثبت نسـبه من الملتقط بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت الا بالبينـة وقد ذكرنا وجههـما فيما تقدم وكذا من الخارج صـدقه الملتقط فى ذلك أو لا استحسانا والقياس أن لا يثبت اذا كذبه (وجـه) القياس أن هـذا اقرار تضمن ابطال يد الملتقـط لان يده عليـه ثابتة حقيقـة وشرعا حتى لو أراد غـيره أن ينزعه من يده جبرا ليحفظه ليس له ذلك والاقـرار اذا تضمن ابطال الغـير لا يصح وجـه الاستحسان ان يد المـدعى أنفع للصبى من يد الملتقط لانه يقوم بحضانته وتربيته و يتشرف بالنسب فكان المدعى به أولى وسـواء كان المدعى مسـلما أو ذميا استحسانا والقياس أن لا تصـح دعوة الذمى (ووجهـه) أنا لو صححنا دعوته وأثبتنا نسب الولد منـه للزمنا استتباعه فى دينه وهـذا يضر فلا تصح دعوته وجـه الاستحسان أنه ادعى أمرين ينفصـل أحدهما عن الآخر فى الجملة وهو النسب والتبعية فى الدين إذ ليس من ضرورة كون الولد منـه أن يكون على دينـه الا يرى أنه لو أسلمت أمـه يحكم باسـلامه وان كان أبوه كافرا فيصـدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره و يكون مسـلما وذكر فى النوادر أن من التقـط لقيطا فادعاه نصرانى فهو ابنه ثم ان كان عليـه زى المسلمين فهو مسلم وان كان عليـه زى الشرك بان يكون فى رقبتـه صليب ونحو ذلك فهو على دين النصارى هـذا اذا أقر الذمى أنه ابنـه فان أقام البينـة على ذلك فان كان الشـهود من أهل الذمـة لا تقبل شـهادتهم فى استتباع الولد فى دينـه لان هذه شهادة تضمنت ابطال يد المسـلم وهو الملتقط فكانت شهادة على المسـلم فلا تقبـل وان كانوا من المسلمين تقبـل و يكون الولد على دينـه فرقا بين الاقرار و بين البينـة وذلك أنه متهم فى اقراره ولا تهمة فى الشهادة وسواء كان المدعى حرا أو عبـدا لانه ادعى شيئين أحدهما يحتمل الفصـل على الآخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصـدق فيما يضره ولو ادعاه الخارج والملتقط معا فالملتقط أولى لاستوائهما فى الدعوة ونفع الصبى فترجح باليـد فان سبقت دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج لانه ثبت نسبه منه فلا يتصور ثبوته من غيره بعـد ذلك الا أن يقيم البينـة لان الدعوة لا تعارض البينة ولو ادعاه خارجان فان كان

أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى لانه يتبعه فى الاسلام فكان أنفع للصبى وكذا اذا ادعته مسلمة وذمية فالمسلمة أولى ولو شهد للذمى مسلمان وللمسلم ذميان فهو للمسلم لان الحجتين وان تعارضتا فاسلام المدعى كاف للترجيح ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً فالحر أولى لانه أنفع للقيط وان كانا حرين مسلمين فان ذكر أحدهما علامة فى بدن اللقيط ولم يذكر الآخر فوافقت دعوته العلامة فصاحبها أولى لرجحان دعواه بالعلامة لان الشرع ورد بالترجيح بالعلامة فى الجملة قال الله تبارك وتعالى فى قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية وشهد شاهد من أهلها ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم جعل قد القميص من خلف دليل مراودتها اياه لما أن ذلك علامة جذبها اياه الى نفسها والقد من قدام علامة دفعها اياه عن نفسها وكذلك قال أصحابنا فى لؤلئى ودباغ فى حانوت واحد هو فى أيديهما فيه لؤلؤ واهاب فتنازعا أنه فيهما يقضى باللؤلؤ للؤلئى وبالاهاب للدباغ لان الظاهر يشهد باللؤلؤ للؤلئى وبالاهاب للدباغ وكذلك قالوا فى الزوجين اختلفا فى متاع البيت أن ما يكون للرجال يجعل فى يد الزوج وما يكون للنساء يجعل فى يدها ونحو ذلك من المسائل بناء على ظاهر الحال وغالب الامر كذا هذا فان ادعى أحدهما علامات فى هذا اللقيط فوافق البعض وخالف البعض ذكر الكرخى رحمه الله أنه يثبت نسبه منهما لانه وقع التعارض فى العلامات فسقط الترجيح بها كان سكت عن ذكر العلامة رأساً وان لم يذكر أحدهما علامة أصلا ولكن لاحدهما بينة فانه يقضى له لان الدعوة لا تعارض البينة وان لم يكن لاحدهما بينة ثبت نسبه منهما جميعا وهذا عندنا لاستوائهما فى الدعوة وعند الشافعى رحمه الله لا يثبت نسبه الا من أحدهما ويتعين بقول القافة على ما ذكرنا والكلام مع الشافعى رحمه الله تقدم ولو كان المدعى أكثر من رجلين فهو على الخلاف الذى ذكرناه فى الجارية المشتركة ولو قال أحد المدعيين هو ابنى وهو غلام فاذا هو جارية لم يصدق لانه ظهر كذبه بيقين ولو قال أحدهما هو ابنى وقال الآخر هو ابنتى فاذا هو خنثى يحكم مباله فان كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعى البنوة وان كان يبول من مبال النساء فهى ابنة مدعى البنتية وان كان يبول منهما جميعاً يعتبر السبق فان استويا فى السبق فهو مشكل عند أبى حنيفة وعندهما تعتبر كثرة البول فان استويا فى ذلك فهو مشكل لان هذا حكم الخنثى وينبغى أن يثبت نسبه منهما جميعاً ولو قال الملتقط هو ابنى من زوجتى هذه فصدقته فهو ابنهما حرة كانت أو أمة غير انها ان كانت حرة كان الابن حراً بالاجماع وان كانت أمة كان ملكا للمولى الامة عند أبى يوسف وعند محمد يكون حراً وجه قول محمد أن نسبه وان ثبت من الامة لكن فى جعله تبعا لها فى الرق مضرة بالصبى وفى جعله حرا منفعة له فيتبعها فيما ينفعه ولا يتبعها فيما يضره كالذمى اذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه لكن لا يتبعه فيما يضره وهو دينه لما قلنا كذا هذا وجه قول أبى يوسف ان الاصل أن الولد يتبع الام فى الرق والحرية فكان من ضرورة ثبوت النسب منها أن يكون رقيقا والرق وان كان يضره فهو ضرر يلحقه ضرورة غيره فلا يعتبر ولو ادعته امرأة أنه ابنها وهى حرة أو أمة ذكر فى الاصل انها لا تصدق على ذلك حتى تقيم البينة انها ولدته وان أقامت امرأة واحدة على الولادة قبلت اذا كانت حرة عدلة أطلق الجواب فى الاصل ولم يفصل بين ما اذا كان لها زوج أم لا منهم من حمل هذا الجواب على ما اذا كان لها زوج لانه اذا كان لها زوج كان فى تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير فلا تصح الا بالبينة أو بتصديق الزوج فاما اذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق معنى التحميل فيصح من غير بينة ومنهم من حقق جواب الكتاب وأجرى رواية الاصل على اطلاقها وفرق بين الرجل والمرأة فقال يثبت نسبه من الرجل بنفس الدعوة ولا يثبت نسبه منها الا ببينة ووجه الفرق أن النسب فى جانب الرجال يثبت بالفراش وفى جانب النساء يثبت بالولادة ولا تثبت الولادة الا بدليل وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو ادعته امرأتان فهو ابنهما عند أبى حنيفة وكذا اذا كن خمسا عنده وعندهما لا يثبت نسب الولد من المرأتين أصلا وجه قولهما أن النسب فى جانب النساء يثبت بالولادة وولادة ولد

واحـدمن امرأتين لا يتصور فلا يتصور ثبوت النسب منهـما بخلاف الرجال لان النسب فى جانبهم يثبت بالفراش ولابى حنيفة أن سـبب ظهور النسب هو الدعوة وقد وجدت من كل واحدة منهـما وماقالا ان الحكم فى جانبهن متعلق بالولادة فنعم لـكن فى موضع أمكن وهنا لا يمكن فتعلق بالدعوة وقد ادعياه جميعا فيثبت نسبه منهما وعلى هـذا لوادعاه رجل وامرأتان يثبت نسبه من الكل عنده وعندهما يثبت من الرجل لا غير ولوادعاه رجلان وامرأتان كل رجل يدعى أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة صدقته فهو ابن الرجلين والمرأتين عنـد أبى حنيفة وعندهما ابن الرجلين لا غير وأما ظهور النسب بالبينة فنقول وبالله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة ويتأكد ظهوره أخرى فكل نسب يجوز ثبوته من المدعى اذا لم يحتمل الظهور بالدعوة أصلا لا بنفسها ولا بقرينة التصـديق بان كان فيه حمل النسب على الغير ونحو ذلك يظهر بالبينة وكذا اما احتمل الظهور بالدعوة لـكن بقرينة التصديق اذا انعدم التصديق وظهر أيضا بالبينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يتأكد ظهوره بالبينة كما اذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أوغيره وثبت نسبه من المدعى ثم ادعاه رجل آخر وأقام البينة يقضى له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة لـكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة وكذا لو ادعاه رجلان معاً ثم أقام أحدهما البينة فصاحب البينة أولى لما قلنا واذا تعارضت البينتان فى النسب فالاصل فيه ماذكرنا فى تعارض البينتين على الملك أنه ان أمكن ترجيح احداهما على الاخرى يعمل بالراجح وان تعذر الترجيح يعمل بهما الا أن هناك اذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحـدة منهما من وجه بقدر الامكان وهنا يعمل بكل واحـدة منهما من كل وجـه ويثبت النسب من كل واحد من المدعيين لامكان اثبات النسب لولد واحد من اثنين على الكمال واستحالة كون الشئ الواحد مملوكا لاثنين على الكمال فى زمان واحد اذا عرفنا هذا فنقول جملة الكلام فيـه أن تعارض البينتين اما ان يكون بين الخارج و بين ذى اليد . واما آن يكون بين الخارجين و بين ذى اليـد فان كان بين الخارج وذى اليد فبينة ذى اليد أولى لانهما اسـتويا فى البينة فيرجح صاحب اليد باليـد وان كان بين الخارجين و بين ذى اليد فان أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الاسـلام والحرية والعلامة واليد وقوة الفراش وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح وان استويا يعمل بهما و يثبت النسب منهما وعلى هذا اذا ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الآخر انه عبده يقضى للذى ادعى أنه ابنه لانه يدعى الحرية والآخر يدعى الرق فبينة الحرية أقوى وكذلك لو أقام أحدهما البينة انه ابنه من هذه الحرة وأقام الآخر البينة انه ابنه من هذه الامة فهو ابن الحر والحرة لما قلنا ولو أقام كل واحد منهما البينة انه ابنه من امرأة حرة فهو ابن الرجلين وابن المرأتين على قياس قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ابن الرجلين لا غير لما مر ولو ادعاه رجلان ووقتت بينة كل واحد منهما فان استوى الوقتان ثبت النسب منهما لاسـتواء البينتين ولو كان وقت احداهما أسبق يحكم سن الصبى فيعمل عليـه لانه حكم عدل فان أشكل سنه فعلى قياس قول أبى حنيفة يقضى لاسـبقهما وقتا وعندهما يقضى لهـما وجه قولهما أنه اذا أشكل السن سقط اعتبار التاريخ أصلا كانهما سكتا عنه ولابى حنيفة رحمه الله انه اذا أشكل السن لم يصلح حكما فبقى الحـكم للتاريخ فيرجح الاسبق ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه وأقام البينة وادعت المرأة انه ابنها واقامت البينة فهو بينهما لعدم التنافى بين ثبوت نسبه منهما كما اذا ادعاه رجلان بل أولى وعلى هـذا غلام قد احتلم ادعى على رجل وامرأة انه ابنهما وأقام البينة وادعى رجل آخر وامرأته أن الغلام ابنهما وأقاما البينة ثبت نسب الغلام من الاب والام الذى ادعاه الغلام أنه ابنهما و يبطل النسب الذى أنكره الغلام لان البينتين تعارضتا وترجحت بينة الغـلام بيده اذ هو فى يد نفسه كالخارجين اذا أقاما البينة ولاحدهما يد كان صاحب اليد أولى كذا هنا وكذلك لو كان الغلام نصرانياً فأقام بينة من المسـلمين على رجل نصرانى وامرأة نصرانية وادعاه مسلم ومسلمة فبينة الغـلام أولى ولا تترجح بينـة المدعى المسلم لانه لا يد له وان كان مسلماً وان كان بينة الغلام من النصارى يقضى بالغلام للمسلم والمسلمة لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحقت بالعدم فبقى بمجرد الدعوة فلا تعارض البينة و يجبر الغلام على الاسلام غلام فى

يد انسان ادعى صاحب اليد أنه ابنه وولدته أمته هذه فى ملكه وأقام البينة على ذلك وادعى خارج أن الغلام ابنه ولدته الامة فى ملكه وأقام البينة فان كان الغلام صغيراً لايتكلم يقضى به لصاحب اليد لاستوائهما فى البينة فيرجح صاحب اليد باليد كما فى النكاح وان كان كبيراً يتكلم فقال أنا ابن الآخر يقضى بالامة والغلام للخارج لان الغلام اذا كان كبيراً يتكلم فى يد نفسه فالبينة التى يدعيها الغلام أولى وكذلك لو كان الغلام والمرأة حرة وهما فى يد رجل فأقام صاحب اليد البينة على انه ولد على فراشه والغلام يتكلم ويدعى ذلك وأقام الخارج البينة على ملكه يقضى بالمرأة وبالولد للذى هما فى يده لما قلنا وان كان الذى فى يده من أهل الذمة والمرأة ذمية وأقام شهوداً مسلمين يقضى بالمرأة والولد للذى هما فى يده لان شهادة المسلمين حجة مطلقة ولو أقام الخارج البينة على انه تزوجها فى وقت كذا وأقام الذى فى يده البينة على وقت دونه يقضى للخارج لانه اذا ثبت سبق أحد النكاحين كان المتأخر منهما فاسداً فالبينة القائمة على النكاح الصحيح أقوى فكانت أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى انه ابن فلان ولدته أمته فلانة على فراشه وذلك الرجل يقول هو عبدى ولد أمتى التى زوجتها عبدى فلاناً فولدت هذا الغلام منه والعبد حى يدعى ذلك فهو ابن العبد لانه تعارض الفراشان فراش النكاح وفراش الملك وفراش النكاح أقوى لانه لاينتفى الا باللعان وفراش الملك ينتفى بمجرد النفى فكان فراش النكاح أقوى فكان أولى ولو ادعى الغلام انه ابن العبد من هذه الامة فأقر العبد بذلك وقامت عليه البينة وادعى المولى انه ابنه فهو ابن العبد لما قلنا ويعتق لانه ادعى نسبه والاقرار بالنسب يتضمن الاقرار بالحرية فان لم يعمل فى النسب يعمل فى الحرية وكذلك لو مات الرجل وترك مالاً فأقام الغلام البينة انه ابن الميت من أمته وأقام الآخر البينة انه عبده ولدته أمته من زوجها فلان والزوج عبده أيضاً والعبد حى يدعى ذلك يقضى له بالنسب لانه يدعى فراش النكاح وانه أقوى فان كان العبد ميتاً ثبت نسب الغلام من الحر وورث منه لان بينة الغلام خلت عن المعارض لانعدام الدعوة من العبد فيجب العمل بها والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة النسب الثابت فالنسب فى جانب النساء اذا ثبت يلزم حتى لايحتمل النفى أصلاً لانه فى جانبهن يثبت بالولادة ولا مرد لها (وأما) فى جانب الرجال فنوعان نوع يحتمل النفى ونوع لايحتمله أما مايحتمل النفى فنوعان (نوع) ينتفى بنفس النفى من غير لعان ونوع لاينتفى بنفس النفى بل بواسطة اللعان (أما الذى) ينتفى بنفس النفى فهو نسب ولد أم الولد لان فراش أم الولد ضعيف لانه غير لازم حتى احتمل النقل الى غيره بالتزويج فاحتمل الانتفاء بنفس النفى من غير الحاجة الى اللعان (وأما) الذى لاينتفى بمجرد النفى فهو نسب ولد زوجة يجرى بينهما اللعان وهو ان يكون الزوجان حرين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين فى القذف على ماذكرنا فى كتاب اللعان لان فراش النكاح لازم لايحتمل النقل فكان قوياً فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفى مالم ينضم اليه اللعان ولهذا اذا كان العلوق بنكاح فاسد أو شبهة نكاح لاينتفى نسب الولد بالنفى لان الانتفاء بواسطة اللعان ولا لعان فى النكاح الفاسد لانعدام الزوجية حقيقة لما علم فى كتاب اللعان والله تعالى أعلم (وأما الذى) لايحتمل النفى فهو نسب ولد زوجة لايجرى بينهما اللعان فاذا كان الزوجان ممن لالعان بينهما لاينتفى نسب الولد بالنفى وكذا النسب بعد الاقرار به لايحتمل النفى لان النفى يكون انكاراً بعد الاقرار فلا يسمع الا ان الاقرار نوعان نص ودلالة لما ذكرنا فى كتاب اللعان

﴿فصل﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين لاغير أما حكمه فى النسب فقد مر ذكره فى أثناء مسائل النسب وأما حكمه فى الملك فالكلام فيه فى موضعين (أحدهما) فى حكم تعارض الدعوتين فى أصل الملك والثانى فى قدر الملك أما الاول فسبيل تعارض الدعوتين فى أصل الملك ماهو سبيل تعارض البينتين فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند الامكان وعند تعذر العمل بهما بقدر الامكان تصحيحاً للدعوتين بالقدر الممكن وبيان ذلك فى مسائل رجلان ادعيا دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فهى للراكب لانه مستعمل للدابة فكانت فى يده (وكذلك) اذا

كان لاحدهما عليه حمل وللآخر عليه كور معلق أو مخلاة معلقة فصاحب الحمل أولى لما قلنا ولو كانا جميعا راكبين لكن أحدهما في السرج والآخر رديفه فهي لهما في ظاهر الرواية (وروى) عن أبي يوسف رحمه الله انها للراكب السرج لقوة يده (وجه) ظاهر الرواية انهما جميعاً استويا في أصل الاستعمال فكانت الدابة في أيديهما فكانت لهما ولو كانا جميعاً راكبين في السرج فهي لهما اجماعاً لاستوائهما في الاستعمال ولو ادعيا عبداً صغيراً لا يعبر عن نفسه وهو في أيديهما فهو بينهما لانه اذا كان لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة العروض والبهائم فتبقى اليد عليه ألا ترى انه لو ادعى صبياً صغيراً مجهول النسب في يده انه عبده ثم كبر الصبي فادعى الحرية فالقول قول صاحب اليد ولا تسمع دعوى الحرية الا ببينة لانه كان في يده وقت الدعوة فلا تزول يده عنه الا بدليل (وبمثله) لو ادعى غلاما كبيراً انه عبده وقال الغلام أنا حر فالقول قول الغلام لانه ادعاه في حال هو في يد نفسه فكان القول قوله ولو ادعيا عبداً كبيراً فقال العبد أنا عبد لاحدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد في ذلك وكذا اذا كان العبد في يد رجل فاقر انه لرجل آخر فالقول قول صاحب اليد ولا يصدق العبد في اقراره انه لغيره لان اقراره بالرق اقرار بسقوط يده عن نفسه فكان في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله انه لغيره لان العبد لا قول له ولو قال كنت عبد فلان فاعتقني وأنا حر فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وروى عن أبي يوسف ان القول قول العبد ويحكم بحريته لان العبد متمسك بالاصل اذ الحرية أصل في بني آدم فكان الظاهر شاهداً له فالصحيح جواب ظاهر الرواية لانه لما أقر انه كان عبداً فقد أقر بزوال حكم الاصل وثبوت العارض وهو الرق منه فصار الرق فيه هو الاصل فكان الظاهر شاهداً له ولو ادعيا ثوبا وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله فاللابس أولى لانه مستعمل للثوب (ولو ادعيا) بساطاً وأحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما ولا يكون الجالس بجلوسه والنوم عليه أولى لاستوائهما في اليد عليه (ولو ادعيا) داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن (وكذلك) لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر لان سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما (وكذا) اذا كانا جميعاً فيها لان اليد على العقار لا تثبت بالكون فيه وانما تثبت بالتصرف فيه ولو وجد خياط يخيط ثوباً في دار انسان فاختلفا في الثوب فالقول لصاحب الدار لان الثوب وان كان في يد الخياط صورة فهو في يد صاحب الدار معنى لان الخياط وما في يده في داره والدار في يده فما فيها يكون في يده (حمال) خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله فهو له لان الظاهر شاهد له وان كان يعرف بذلك فهو لصاحب الدار لان الظاهر شاهد له (وكذلك) حمال عليه كارة وهو في دار بزاز اختلفا في الكارة فان كانت الكارة مما يحمل فيها فالقول قول الحمال لان الظاهر شاهد له وان كانت مما لا يحمل فيها فالقول قول صاحب الدار لان الظاهر شاهد له رجل اصطاد طائراً في دار رجل فاختلفا فيه فان اتفقا على انه على أصل الاباحة لم يستول عليه قط فهو للصائد سواء اصطاده من الهواء أو من الشجر أو الحائط لانه الآخذ دون صاحب الدار اذ الصيد لا يصير مأخوذاً بكونه على حائط او شجرة وقد قال عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه وان اختلفا فقال صاحب الدار اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الصائد فانه ينظر ان أخذه من الهواء فهو له لانه الآخذ اذ لا يد لاحد على الهواء وان أخذه من جداره أو شجره فهو لصاحب الدار لان الجدار والشجر في يده وكذلك ان اختلفا في أخذه من الهواء أو من الجدار فالقول قول صاحب الدار لان الاصل ان ما في دار انسان يكون في يده هكذا روى عن أبي يوسف مسألة للصيد على هذا الفصل ولو ادعيا وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن فيها وكذا لو كان احدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر لان سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعاً فيها لان اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وانما

تثبت بالتصرف فيها ولم يوجد ولو ادعيا حائطاً من دارين ولاحدهما عليه جذوع فهو له لانه مستعمل للحائط. ولو كان لكل واحد منهما جذوع فان كانت ثلاثة أو أكثر فهى بينهما نصفان سواء استوت جذوع كل واحد منهما أو كانت لاحدهما أكثر بعدان كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع لانهما استويا فى استعمال الحائط فاستويا فى ثبوت اليد عليه ولو أراد صاحب البيت ان يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة ليس له ذلك لكن يقال له زد أنت أيضاً الى تمام عدد خشب صاحبك ان أطاق الحائط حملها والا فليس لك الزيادة ولا النزع ولو كان لاحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذع أو جذعان فالقياس ان يكون الحائط بينهما نصفين وفى الاستحسان لا يكون (وجه) القياس ان زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح ألا ترى انه لو كان لاحدهما ثلاثة وللآخر أربعة كان الحائط بينهما نصفين وان كان استعمال أحدهما أكثر دل ان المعتبر أصل الاستعمال لاقدره وقد استويا فيه (ووجه) الاستحسان ان يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بما دون الثلاثة لان الجدار لا يبنى له عادة وانما يبنى لاكثر من ذلك الا ان الاكثر مما لا نهاية له والثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيد به فكان ماوراء موضع الجذوع لصاحب الكثير وأما موضع الجذع الواحد فكذلك على رواية كتاب الاقرار وانما لصاحب القليل حق وضع الجذع لا أصل الملك وعلى رواية كتاب الدعوى له موضع الجذع من الحائط وماوراءه لصاحب الكثير (وجه) هذه الرواية ان صاحب القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر فى يده فيملكه (وجه) رواية الاقرار مامر ان الاستعمال لا يحصل بالجذع والجذعين لان الحائط لا يبنى له عادة فلم يكن شئ من الحائط فى يده فكان كله فى يد صاحب الكثير الا انه ليس له دفع الجذوع وان كان موضع الجذع مملوكا له لجواز ان يكون أصل الحائط مملوكا لانسان ولآخر عليه حق الوضع بخلاف مالو أقام البينة ان الحائط له لان له ان يدفع لان البينة حجة مطلقة فاذا أقامها تبين ان الوضع من الاصل كان بغير حق ولاية الدفع وليس له ذلك حال عدم البينة لانا انما جعلنا الحائط له لظاهر اليد والظاهر يصلح للتقرير لا للتغيير فهو الفرق ولو كان الحائط متصلا ببناء احدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالمتعلق به ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لانه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التربيع أولى لان اتصال التربيع أقوى من اتصال الالتزاق ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لكن الكلام فى صورة التربيع فنقول ذكر الطحاوى رحمه الله ان التربيع هو ان يكون انصاف اللبان الحائط مداخلة حائط احدى الدارين يبنى كذلك كالازج والطاقات فكان بمعنى النتاج فكان صاحب الاتصال أولى وذكر الكرخى رحمه الله ان تفسير التربيع ان يكون طرفا هذا الحائط المدعى مداخلين حائط احدى الدارين وهذا التفسير منقول عن أبى يوسف رحمه الله فيصير الحاصل ان المداخلة اذا كانت من جانبى الحائط كان صاحب الاتصال أولى بلا خلاف وان كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوى رحمه الله صاحب الاتصال أولى وعلى قول الكرخى رحمه الله صاحب الجذوع أولى وجه قول الطحاوى ماذكرنا ان ذلك بمعنى النتاج حيث حدث من بنائه كذلك فكان هو أولى وجه قول الكرخى ان المداخلة من الجانبين توجب الاتحاد وجعل الكل بناء واحدا فسقط حكم الاستعمال لضرورة الاتحاد فملك البعض يوجب ملك الكل ضرورة الا انه لا يجبر على الرفع بل يترك على حاله لان ذلك ليس من ضرورات ملك الاصل بل يحتمل الانفصال عنه فى الجملة الاترى ان السقف الذى هو بين بيت العلو وبين بيت السفل هو ملك صاحب السفل ولصاحب العلو عليه حق القرار حتى لو أراد صاحب السفل رفع السقف منع منه شرعا كذا هذا جاز ان يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حق وضع الجذع عليه بخلاف ما اذا أقام البينة

انه يجبر على الرفع وقد تقدم وجه الفرق بينهما ثم فرع أبو يوسف على ما روى عنه من تفسير التربيع انه اذا اشترى داراً ولرجل آخر دار بجنب تلك الدار و بينهما حائط وأقام الرجل البينة انه له فاراد المشترى ان يرجع على البائع بحصته من الثمن ان كان متصلا ببناء حائط المدعى ليس له ان يرجع على البائع لانه اذا كان متصلا ببنائه لم يتناول البيع فلم يكن مبيعاً فلا يكون للمشترى حق الرجوع وان لم يكن متصلا ببناء المدعى وهو متصل ببناء الدار المبيعة فللمشترى ان يرجع على البائع بحصة الحائط من الثمن لانه اذا كان متصلا بحائط الدار المبيعة تناوله البيع فكان مبيعاً فيثبت الرجوع عند الاستحقاق وان كان متصلا بحائط الدار المبيعة وللاخر عليه جذوع لا يرجع وهذا يؤيد رواية الكرخى ان صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال اذا كان من جانب واحد ولو كان اتصال تربيع واستحق المشترى الرجوع على البائع لا تنزع الجذوع بل تترك على حالها لما ذكرنا ولو كان لاحدهما عليه سترة أو بناء وصاحبه مقر بان السترة والبناء له فالحائط لصاحب السترة لانه مستعمل الحائط بالسترة فكان فى يده ولو لم يكن عليه سترة ولكن لاحدهما عليه مرادى هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما ولا يستحق بالمرادى والبوادى شيأ لان وضع المرادى على الحائط ليس بامر مقصود لان الحائط لا يبنى له فكان ملحقاً بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه الحائط الى أحدهما وظهره الى الاخر وكان انصاف اللبن أو الطاقات الى أحدهما فلا حكم لشئ من ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله والحائط بينهما وعندهما الحائط لمن اليه وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات وهذا اذا جعل الوجه وقت البناء حين ما بنى فاما اذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين فلا عبرة بذلك اجماعا وعلى هذا الخلاف اذا ادعيا باباً مغلقاً على حائط بين دارين والغلق الى احدهما فالباب لهما عنده وعندهما لمن اليه الغلق ولو كان للباب غلقان من الجانبين فهو لهما اجماعا وعلى هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين والقمط الى أحدهما فالخص بينهما عند أبى حنيفة رحمه الله ولا ينظر الى القمط وعندهما الخص لمن اليه القمط وجه قولهما فى هذه المسائل اعتبار العرف والعادة فان الناس فى العادات يجعلون وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات والغلق والقمط الى صاحب الدار فيدل على انه بناؤه فكان فى يده ولابى حنيفة رحمه الله ان هذا دليل اليد فى الماضى لا وقت الدعوة واليد فى الماضى لا تدل على اليد وقت الدعوة والحاجة فى اثبات اليد وقت الدعوة ثم فى كل موضع قضى بالملك لاحدهما لكون المدعى فى يده تجب عليه اليمين لصاحبه اذا طلب فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالنكول وعلى هذا اذا اختلفا فى المرور فى دار ولاحدهما باب من داره الى تلك الدار فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور فيها حتى يقيم البينة ان له فى داره طريقا ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيئا لان فتح الباب الى دار غيره قد يكون بحق لازم وقد يكون بغير حق أصلا وقد يكون بحق غير لازم وهو الاباحة فلا يصلح دليلا على حق المرور فى الدار مع الاحتمال وكذا لو شهد الشهود ان صاحب الدار كان يمر فيها لم يستحق بهذه الشهادة شيئاً لاحتمال أن مروره فيها كان غصباً أو اباحة ولئن دلت على انه كان لحق المرور لكن فى الزمان الماضى لان الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق للحال ولو شهدوا ان له فيها طريقا فان حدوا الطريق فسموا طوله وعرضه قبلت شهادتهم وكذلك اذا لم يحدوه كذا ذكر فى الكتاب ومن أصحابنا رحمهم الله من حمل المسئلة على ما اذا شهدوا على اقرار صاحب الدار بالطريق لان المشهود به مجهول وجهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة اما جهالة المقر به فلا تمنع صحة الاقرار ومنهم من أجرى جواب الكتاب على اطلاقه لان الطريق طوله معلوم وعرضه مقدار عرض الباب فى متعارف الناس وعاداتهم فكانت هذه شهادة بمعلوم فتقبل وكذلك لو شهدوا ان أباه مات وترك طريقا فى هذه الدار فهو على ما ذكرنا وعلى هذا اذا كان لرجل ميزاب فى دار رجل فاختلفا فى مسيل الماء فلصاحب الدار ان يمنعه عن التسييل حتى يقيم البينة ان له فى هذه الدار مسيل ماء ولا يستحق صاحب الميزاب بنفس الميزاب شيئا لما ذكرنا وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان الميزاب اذا كان قديما فله حق التسييل وذكر محمد فى كتاب الشرب فى نهر فى أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلفا فى ذلك فالقول قول صاحب الماء لانه اذا كان يسيل

فيه

فيه الماء كان النهر مشغولا بالماء فكان النهر مستعملا به فكان فى يده بخلاف الميزاب فان موضوع المسئلة فيما اذا لم يكن فى الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدوا انهم رأوا الماء يسيل فى الميزاب فليست هذه الشهادة بشئ لان التسييل قد يكون بغير حق وكذا الشهادة ما قامت بحق كائن على ما مر ولو شهدوا ان له حقا فى الدار من حيث التسييل فان بينوا انه لماء المطر فهو لماء المطر وان بينوا انه مسيل ماء دائم للغسل والوضوء فهو كذلك وان لم يبينوا تقبل شهادتهم أيضا ويكون القول قول صاحب الدار مع يمينه انه للغسل والوضوء أو لماء المطر لان أصل الحق ثبت بشهادة الشهود وبقيت الصفة مجهولة فيتبين ببيان صاحب الدار لكن مع اليمين وان لم يكن للمدعى بينة أصلا يستحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف برئ وان نكل يقضى بالنكول كما فى باب الاموال وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين فى متاع البيت ولا بينة لاحدهما على ما ذكرنا فى كتاب النكاح والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين فى قدر الملك فهو كاختلاف المتبايعين فى قدر الثمن أو المبيع فنقول جملة الكلام فيه ان المتبايعين اذا اختلفا فلا يخلو اما ان اختلفا فى الثمن واما ان اختلفا فى المبيع فان اختلفا فى الثمن فلا يخلو اما ان اختلفا فى قدر الثمن واما ان اختلفا فى جنسه واما ان اختلفا فى وقته وهو الاجل فان اختلفا فى قدره بان قال البائع بعت منك هذا العبد بالفى درهم وقال المشترى اشتريت بالف فهذا لا يخلو اما ان كانت السلعة قائمة واما ان كانت هالكة فان كانت قائمة فاما ان كانت قائمة على حالها لم تتغير واما ان تغيرت الى الزيادة أو الى النقصان فان كانت قائمة على حالها لم تتغير تحالفا وترادا سواء كان قبل القبض أو بعده اما قبل القبض فلان كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه من وجه لان البائع يدعى على المشترى زيادة ثمن وهو ينكر والمشترى يدعى على البائع تسليم المبيع اليه عند أداء الالف وهو ينكر فيتحالفان لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وأما بعد القبض فكان ينبغى ان لا يحلف البائع ويكون القول قول المشترى مع يمينه لان المشترى لا يدعى على البائع شيئا لسلامة المبيع له والبائع يدعى على المشترى زيادة ثمن وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه الا انا عرفنا التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ويبدأ بيمين المشترى فى ظاهر الرواية وهو قول محمد وأبى يوسف الآخر وفى قوله الاول يبدأ بيمين البائع ويقال انه قول أبى حنيفة رحمه الله والصحيح جواب ظاهر الرواية لان اليمين وظيفة المنكر والمشترى أشد انكارا من البائع لانه منكر فى الحالين جميعا قبل القبض وبعده والبائع بعد القبض ليس بمنكر لان المشترى لا يدعى عليه شيئا فكان أشد انكارا منه وقبل القبض ان كان منكرا لكن المشترى أسبق انكارا منه لانه يطالب أولا بتسليم الثمن حتى يصير عينا وهو ينكر فكان أسبق انكارا من البائع فيبدأ بيمينه فان نكل لزمه دعوى البائع لان النكول بذل أو اقرار وان حلف يحلف البائع ثم اذا تحالفا هل ينفسخ البيع بنفس التحالف أو يحتاج فيه الى فسخ القاضى اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم ينفسخ بنفس التحالف لانهما اذا تحالفا لم يكن فى بقاء العقد فائدة فينفسخ وقال بعضهم لا ينفسخ الا بفسخ القاضى عند طلبهما أو طلب أحدهما وهو الصحيح حتى لو أراد أحدهما امضاء البيع بما يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد لان احتمال الفائدة ثابت لاحتمال التصديق من أحدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم لانه انعقد بيقين فلا يزول لاحتمال عدم الفائدة على الاصل المعهود فى الثابت بيقين لانه لا يزول بالاحتمال فلا ينفسخ الا بفسخ القاضى وله ان يفسخ لانعدام الفائدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا بفسخ القاضى لانهما لما تحالفا صار الثمن مجهولا فيتنازعان فلا بد من قطع المنازعة ولا تنقطع الا بالقضاء بالفسخ هذا اذا كانت السلعة قائمة بعينها من غير تغير فاما اذا كانت تغيرت ثم اختلفا فى قدر الثمن فلا يخلو اما ان تغيرت الى الزيادة واما ان تغيرت الى النقصان فان كان التغيير الى الزيادة فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالسمن والجمال منعت التحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه

الله لا تمنع و يرد المشتری العین بناء علی ان هذه الزیادة تمنع الفسخ عندهما فی عقود المعاوضات فتمنع التحالف وعنده لا تمنع الفسخ فلا تمنع التحالف وان کانت الزیادة متصلة غیر متولدة من الاصل کالصبغ فی الثوب والبناء والغرس فی الارض فکذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع و یرد المشتری القیمة لمن هما عنده لان هذا النوع من الزیادة بمنزلة الهلاك وهلاك السلعة یمنع التحالف عندهما وعنده لا یمنع و یرد المشتری الزیادة وان کانت الزیادة منفصلة متولدة من الاصل کالولد والارش والعقر فهو علی هذا الاختلاف وان کانت الزیادة متصلة غیر متولدة من الاصل کالموهوب فی المکسوب لا تمنع التحالف اجماعا فیتحالفان و یرد المشتری العین لان هذه الزیادة لا تمنع الفسخ فی عقود المعاوضات فلا تمنع التحالف وکذا هی لیست فی معنی هلاك العین فلا تمنع التحالف واذا تحالفا یرد المشتری المبیع دون الزیادة وکانت الزیادة له لانها حدثت علی ملکه وتطیب له لعدم تمکن الخبث فیها هذا اذا تغیرت السلعة الی الزیادة فاما اذا تغیرت الی النقصان فی ید المشتری فنذکر حکمه ان شاء الله تعالی هذا اذا کانت السلعة قائمة فاما اذا کانت هالکة فلا یتحالفان عند أبی حنیفة وأبی یوسف رحمهما الله والقول قول المشتری مع یمینه فی مقدار الثمن فان حلف لزمه ما أقر به وان نکل لزمه دعوی صاحبه وعند محمد رحمه الله یتحالفان و یرد المشتری القیمة فان اختلفا فی مقدار القیمة علی قوله کان القول قول المشتری مع یمینه فی مقدار القیمة ولقب المسئلة ان هلاك السلعة هل یمنع التحالف عندهما یمنع وعنده لا یمنع واحتج بقوله علیه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبایعان تحالفا وترادا أثبت علیه الصلاة والسلام التحالف مطلقا عن شرط قیام السلعة أولا یقال ورد هنا نص خاص مقید بحال قیام السلعة وهو قوله علیه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبایعان والسلعة قائمة بعینها تحالفا وترادا لان المذهب عندنا ان المطلق لا یحمل علی المقید الا فی الحمل من ضرب النصوص بعضها فی بعض بل یجری المطلق علی اطلاقه والمقید علی تقییده فکان جریان التحالف حال قیام السلعة ثابتاً بنصین وحال هلاکها ثابتاً بنص واحد وهو النص المطلق ولا تنافی بینهما فیجب العمل بهما جمیعاً ولهما الحدیث المشهور وهو قوله علیه الصلاة والسلام والیمین علی من أنکر فبقی التحالف وهو الحلف من الجانبین بعد قبض المعقود علیه لانه علیه الصلاة والسلام أوجب جنس الیمین علی جنس المنکرین فلو وجبت یمین لا علی منکر لم یکن جنس الیمین علی جنس المنکرین وهذا خلاف النص والمنکر بعد قبض المعقود علیه هو المشتری لان البائع یدعی علیه زیادة ثمن وهو ینکر فاما الانکار من قبل البائع فلان المشتری لا یدعی علیه شیئاً فکان ینبغی ان لا یجب التحالف حال قیام السلعة أیضاً الا انا عرفناه بنص خاص مقید وهو قوله علیه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبایعان والسلعة قائمة بعینها تحالفا وترادا وهذا القید ثابت فی النص الآخر أیضاً دلالة لانه قال علیه الصلاة والسلام وترادا والتراد لا یکون الا حال قیام السلعة فبقی التحالف حال هلاك السلعة مثبتاً بالخبر المشهور ویستوی هلاك کل السلعة وبعضها فی المنع من التحالف أصلا عند أبی حنیفة وعند أبی یوسف هلاك السلعة یمنع التحالف فی قدر الهالك لا غیر وعند محمد لا یمنع أصلا حتی لو اشتری عبدین فقبضهما ثم هلك أحدهما ثم اختلفا فی مقدار الثمن فالقول قول المشتری عند أبی حنیفة ولا یتحالفان الا ان رضی البائع ان یأخذ القائم ولا یأخذ من ثمن الهالك شیئا فحینئذ یتحالفان وعند أبی یوسف لا یتحالفان علی الهالك والقول قول المشتری فی حصة الهالك و یتحالفان علی القائم و یترادان وعند محمد یتحالفان علیهما و یرد قیمة الهالك اما محمد رحمه الله فقد مر علی أصله لان هلاك کل السلعة عنده لا یمنع التحالف فهلاك البعض أولی وکذلك لابی یوسف لان المانع من التحالف هو الهلاك فیتقدر المنع بقدره تقدیراً للحکم بقدر العلة ولابی حنیفة ان الحدیث ینفی التحالف بعد قبض السلعة لما ذکرنا الا انا عرفناه بنص خاص والنص ورد فی حال قیام کل السلعة فبقی التحالف حال هلاك بعضها منفیاً بالحدیث المشهور ولان قدر الثمن الذی یقابل القائم مجهول لا یعرف الا بالحزر والظن فلا یجوز التحالف علیه الا اذا شاء البائع ان یأخذ الحی ولا یأخذ من ثمن الهالك شیئا فحینئذ یتحالفان لانه رضی ان یکون الثمن کله بمقابلة القائم فیخرج الهالك

عن العقد كانه ماوقع العقد عليـه وانما وقع على القيام فيتحالفان عليه وسواء كان هلاك المبيع حقيقة أو حكما بان خرج
عن ملك المشترى بسبب من الاسباب لان الهالك حكما يلحق بالهالك حقيقة وقد مر الاختلاف فيه وسواء خرج
كله أو بعضه عند أبى حنيفة وأبى يوسف لخروج البعض فى المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عنـدهما لان
التحالف هنا يؤدى الى تفريق الصفقة على البائع وهـذا لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يأخـذ القائم وحصة الخارج
من الثمن بقول المشـترى فحينئذ يتحالفان على القائم و يرد المشترى ما بقى فى ملكه وعليه حصة الخارج بقوله وهذا عند
أبى يوسف فاما عند أبى حنيفة فلا يتحالفان فى الاحوال كلها واما عند محمد فيتحالفان لان الحقيقى لا يمنع التحالف
عنده فالحكمى أولى ثم هلاك الكل بان خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى واذا تحالفا عنـده
فان هلك كل المبيع بان خرج كله عن ملكه يرد المشـترى القيمة ان لم يكن مثليا والمثل ان كان مثليا وان هلك بعضه
بان خرج البعض عن ملكه دون البعض ينظر ان كان المبيع مما فى تبعيضه ضرر اوفى تشقيصه عيب فالبائع بعـد
التحالف بالخيار ان شاء أخـذ الباقى وقيمة الهالك وان شاء ترك الباقى وأخذ قيمة الكل وان كان المبيع مما لا ضرر فى
تبعيضه ولا عيب فى تشقيصه فللبائع ان يأخـذ الباقى ومثل الفائت ان كان مثلياً وقيمته ان لم يكن مثلياً ولو خرجت
السلعة عن ملك المشترى ثم عادت اليه ثم اختلفا فى مقـدار الثمن نظر فى ذلك ان كان العود فسخاً بان وجد به عيباً فرده
بقضاء القاضى يتحالفان و يرد العـين لان الفسخ رفع من الاصل فجعل كانه لم يكن واذا لم يكن العود فسخاً بان كان ملكا
جديدا لا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لان العود اذا لم يكن فسخا لا يتبين ان الهلاك لم يكن والهلاك
يمنع التحالف عنـدهما وعند محمد يتحالفان و يرد المشترى القيمة لا العين وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه لـكنه
صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان اما حكم الزيادة فقد مر تفصـيل الكلام فيه واما حكم النقصان
فيخرج على هذا الاصل لان النقصان من باب الهلاك فنقول اذا انتقص المبيع فى يد المشترى ثم اختلفا فى مقدار الثمن
لم يتحالفا عندهمـا سواء كان النقصان بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى أو بفعل الاجنبى أو بفعل البائع
لان نقصان المبيع هلاك جزء منه وهلاك الجزء فى المنع من التحالف كهلاك الكل على أصل أبى حنيفة رضى الله
عنه فلا يتحالفان والقول قول المشـترى الا اذا كان النقصان بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشـترى و رضى
البائع ان يأخذ المبيع ناقصا ولا يأخـذ لاجل النقصان شيأ فحينئذ يتحالفان و يترادان وعند محمد يتحالفان ثم البائع
بعد التحالف بالخيار ان شاء أخذ المبيع ناقصا ولا يأخذ لاجل النقصان شيأ وان شاء ترك وأخذ القيمة وقال بعضهم
على قول محمد ان اختار أخذ العين يأخـذ معها النقصان كالمقبوض بالبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل الاجنبى أو
بفعل البائع يتحالفان و يرد المشـترى القيمة عنده وعندهما لا يتحالفان والقول قول المشترى مع يمينه هذا اذا اختلفا
فى قدر الثمن فاما اذا اختلفا فى جنسه بان قال أحـدهما الثمن عين وقال الآخر هو دين فان كان مدعى العين هو البائع بان
قال للمشترى بعت منك جاريتى بعبدك هذا وقال المشترى للبائع اشتريتها منك بالف درهم فان كانت الجارية قائمـة
تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا من غير فصـل بين ما اذا كان
الاختلاف فى قدر الثمن أو فى جنسه وان كانت هالـكة عند المشترى لا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف والقول
قول المشترى فى الثمن مع يمينه وعند محمد يتحالفان وهى مسئلة هلاك السلعة وقد مرت وان كان مدعى العين هو المشترى
بان قال اشـتريت جاريتك بعبدى هذا وقال البائع بعتهامنك بالف درهم أو بمائة دينار فان كانت الجارية قائمة
يتحالفان بالنص وان كانت هالـكة يتحالفان أيضاً اجماعا و يرد المشترى القيمة اما على أصل محمد فظاهر لان هلاك
السلعة عنـده لا يمنع التحالف واما على أصلهما فلان وجوب اليمين على المشترى ظاهر أيضا لان البائع يدعى عليـه
ثمن الجارية الف درهم وهو ينكر واما وجوب اليمين على البائع فلان المشترى يدعى عليه الزام العين وهو ينكر فكان
كل واحـد منهما مدعياً من وجه منكراً من وجه فيتحالفان ولو كان البائع يدعى عيناً والبعض ديناً والمشترى يدعى

الكل ديناً بان قال البائع بعت منك جاريتي بعبدك هذا و بالف درهم وقال المشتري اشتريت جاريتك بالف درهم فان كان المبيع وهو الجارية قائمة تحالفا بالنص وان كان هالكا فهو على الاختلاف ولو كان الامر على العكس من ذلك كان يدعي البعض عيناً والبعض دينا والبائع يدعي الكل ديناً بان قال المشتري اشتريت منك جاريتك بعبدي هذا و بالف درهم وقيمة العبد خمسمائة وقال البائع بعتك جاريتي هذه بالف درهم فان كانت الجارية قائمة تحالفا وترادا بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً اجماعا الا ان عندهما تقسم الجارية على قيمة العبد وعلى الف درهم فما كان بازاء العين وهو العبد وذلك ثلث الجارية يرد المشتري القيمة وما كان بازاء الدين وهو الالف وذلك ثلثا الجارية يرد الف درهم ولا يرد القيمة وانما كان كذلك لان المشتري لو كان يدعي كل الثمن عينا كانا يتحالفان و يرد المشتري القيمة على ماذكرنا ولو كان كل الثمن دينا لكان القول قوله ولا يتحالفان على مامر فاذا كان يدعي بعض الثمن عينا و بعضه دينا يرد القيمة بازاء العين فالقول قوله بازاء الدين اعتباراً للبعض بالكل وعند محمد يتحالفان و يرد المشتري جميع الثمن هذا اذا اختلفا في جنس الثمن فاما اذا اختلفا في وقته وهو الاجل مع اتفاقهما على قدره وجنسه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعا فان اختلفا في أصله لا يتحالفان والقول قول البائع مع يمينه لان الاجل أمر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الاصل في الثمن هو الحلول والتأجيل عارض فكان القول قول من يدعي الاصل وان اختلفا في قدره فالقول قوله أيضا لما قلنا وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على أصله وقدره فالقول قول المشتري انه لم يمض لان الاجل صار حقاله بتصادقهما فكان القول فيه قوله وان اختلفا في القدر والمضي جميعا فقال البائع الاجل شهر وقد مضى وقال المشتري شهران ولم يمضيا فالقول قول البائع في القدر والقول قول المشتري في المضي فيجعل الاجل شهراً لم يمض لان الظاهر يشهد للبائع في القدر وللمشتري في المضي على مامر هذا اذا هلك المبيع كله أو بعضه حقيقة أو حكما فأما اذا هلك العاقدان أو أحدهما والمبيع قائم فاختلف ورثتهما أو الحي منهما وورثة الميت فان كانت السلعة غير مقبوضة تحالفا وترادا لان للقبض شبها بالعقد فكان قبض المعقود عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجري بينهما التحالف الا أن الوارث يحلف على العلم لا على البتات لانه يحلف على فعل الغير ولا علم له به وان كانت السلعة مقبوضة فلا تحالف عندهما والقول قول المشتري أو ورثته بعد موته وعند محمد يتحالفان والاصل ان هلاك العاقد بعد قبض المعقود عليه كهلاك المعقود عليه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما فكذا هلاك العاقد وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف كذا هذا والصحيح قولهما لان الخبر المشهور يمنع من التحالف لكنا عرفناه بنص خاص حال قيام العاقدين لانه يوجب تحالف المتبايعين والمتبايع من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فبقي التحالف بعد هلاكهما أو هلاك أحدهما منفيا بالخبر المشهور هذا اذا اختلفا في الثمن أما اذا اختلفا في المبيع فنقول لا يخلو المبيع من أن يكون عينا أو دينا وهو المسلم فيه فان كان عينا فاختلفا في جنسه أو في قدره بأن قال البائع بعت منك هذا العبد بألف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذه الجارية بألف درهم أو قال البائع بعت منك هذا العبد بألف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بألف درهم تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وان كان دينا وهو المسلم فيه فاختلفا فنقول اختلافهما في الاصل لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (واما) ان اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه (واما) ان اختلفا فيهما جميعا فان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (فاما) ان اختلفا في جنس المسلم فيه (واما) ان اختلفا في قدره (واما) ان اختلفا في صفته (واما) ان اختلفا في مكان ايفائه (واما) ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في جنسه أو قدره أو صفته تحالفا وترادا لان هذا اختلاف في المعقود عليه وانه يوجب التحالف بالنص والذي يبدأ باليمين هو المسلم اليه في قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد هو رب السلم (وجه)

قولهما أن الابتداء باليمين من المشترى كما فى بيع العين ورب السلم هو المشترى فكانت البداية به ولابى حنيفة رحمه الله أن اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم اليه ولا انكار مع رب السلم فكان ينبغى أن لا يحلف أصلا الا أن التحليف فى جانبه ثبت بالنص وقد روى عن أبى يوسف أيضا انه قال أيهما بدأ بالدعوى يستحلف الآخر لانه صار مدعى عليه وهو منكر وقال بعضهم التعيين الى القاضى يبدأ بأيهما شاء وان شاء أقرع بينهما فيبدأ بالذى خرجت قرعته ولو اختلفا فى مكان ايفاء المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الايفاء فى مكان كذا وقال المسلم اليه بل شرطت لك الايفاء فى مكان كذا فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان عند أبى حنيفة وعندهما يتحالفان بناء على أن مكان العقد لا يتعين مكان الايفاء عنده حتى كان ترك بيان مكان الايفاء مفسدا للسلم عنده فلم يدخل مكان الايفاء فى العقد بنفسه بل بالشرط والاختلاف فيما لا يدخل فى العقد الا بالشرط لا يوجب التحالف كالاجل وعندهما مكان العقد يتعين مكانا للايفاء حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الايفاء عندهما فكان المكان داخلا فى العقد من غير شرط فيوجب التحالف وان اختلفا فى وقت المسلم فيه وهو الاجل فنقول لا يخلو (اما) ان اختلفا فى أصل الاجل (واما) ان اختلفا فى قدره (واما) ان اختلفا فى مضيه (واما) ان اختلفا فى قدره ومضيه جميعا فان اختلفا فى أصل الاجل لم يتحالفا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تحالفا وترادا واحتج باطلاق قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولان الاختلاف فى أصل المسلم فيه كالاختلاف فى صفته ألا ترى انه لا صحة للسلم بدون الاجل كما لا صحة له بدون الوصف فصار الاجل وصفا للمعقود عليه شرعا فيوجب التحالف (ولنا) ان الاجل ليس بمعقود عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف بخلاف الاختلاف فى الصفة لان الصفة فى الدين معقود عليه كالاجل والاختلاف فى الاجل يوجب التحالف فكذا فى الصفة واذا لم يتحالفا فان كان مدعى الاجل هو رب السلم فالقول قوله و يجوز السلم لانه يدعى صحة العقد والمسلم اليه يدعى الفساد والقول قول مدعى الصحة ولان المسلم اليه متعنت فى انكار الاجل لانه ينفعه والمتعنت لا قول له وان كان هو المسلم اليه فالقول قوله عند أبى حنيفة و يجوز السلم استحسانا والقياس أن يكون القول قول رب السلم و يفسد السلم وهو قولهما (وجه) القياس ان الاجل أمر يستفاد من قبل رب السلم حقا عليه شرعا وانه منكر ثبوته والقول قول المنكر فى الشرع (وجه) الاستحسان ان المسلم اليه بدعوى الاجل يدعى صحة العقد ورب السلم بالانكار يدعى فساده فكان القول قول من يدعى الصحة لان الظاهر شاهد له اذ الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية ومباشرة العقد الفاسد معصية واذا كان القول قوله فى أصل الاجل كان القول قوله فى مقدار الاجل أيضا وقال بعضهم القول قوله الى شهر لانه أدنى الآجال فأما الزيادة على شهر فلا تثبت الا بالبينة وان اختلفا فى قدره لم يتحالفا عندنا خلافا لزفر والقول قول رب السلم لما ذكرنا ان الاجل أمر يستفاد من قبله فيرجع فى بيان القدر اليه وان اختلفا فى مضيه فالقول قول المسلم اليه وصورته اذا قال رب السلم كان الاجل شهرا وقد مضى وقال المسلم اليه كان شهرا ولم يمض وان أخذت السلم الساعة كان القول قول المسلم اليه لانهما لما تصادقا على أصل الاجل وقدره فقد صار الاجل حقا للمسلم اليه فكان القول فى المضى قوله وان اختلفا فى قدره ومضيه جميعا فالقول قول رب السلم فى القدر وقول المسلم اليه فى المضى لان الظاهر يشهد لرب السلم فى القدر وللمسلم اليه فى المضى هذا اذا اختلفا فى المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال فأما اذا اختلفا فى رأس المال مع اتفاقهما فى المسلم فيه تحالفا وترادا أيضا سواء اختلفا فى جنس رأس المال أو قدره أو صفته لما قلنا فى الاختلاف فى المسلم فيه الا أن الذى يبدأ باليمين ههنا هو رب السلم فى قولهم جميعا لانه المشترى وهو المنكر أيضا وان اختلفا فيهما جميعا فكذلك تحالفا وترادا لانهما اختلفا فى المبيع والثمن والاختلاف فى أحدهما يوجب التحالف ففيهما أولى والقاضى يبدأ باليمين بأيهما شاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الملك والحق الثابت فى المحل فنقول وبالله التوفيق حكم الملك ولاية التصرف للمالك فى

المملوك باختياره ليس لاحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لاحد ولاية المنع عنه وان كان يتضرر به الا اذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف فى ملكه من غير اذنه ورضاه الا لضرورة وكذلك حكم الحق الثابت فى المحل اذا عرف هذا فنقول للمالك أن يتصرف فى ملكه أى تصرف شاء سواء كان تصرفا يتعدى ضرره الى غيره أولا يتعدى فله أن يبنى فى ملكه مرحاضا أو حماما أو رحى أو تنورا وله أن يقعد فى بنائه حدادا أو قصارا وله أن يحفر فى ملكه بئرا أو بالوعة أو ديماسا وان كان يهن من ذلك البناء ويتأذى به جاره وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه لان الملك مطلق للتصرف فى الاصل والمنع منه لعارض تعلق حق الغير فاذا لم يوجد التعلق لا يمنع الا أن الامتناع عما يؤذى الجار ديانة واجب للحديث قال عليه الصلاة والسلام المؤمن من أمن جاره بوائقه ولو فعل شيأ من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لانه لا صنع منه فى ملك الغير وعلى هذا اسفل لرجل وعليه علو لغيره انهدما لم يجبر صاحب السفل على بناء السفل لانه ملكه والانسان لا يجبر على عمارة ملك نفسه ولكن يقال لصاحب العلو ان شئت فابن السفل من مال نفسك وضع عليه علوك ثم امنع صاحب السفل عن الانتفاع بالسفل حتى يرد عليك قيمة البناء مبنيا لان البناء وان كان تصرفا فى ملك الغير لكن فيه ضرورة لانه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه الا بالتصرف فى ملك غيره فصار مطلقا له شرعا وله حق الرجوع بقيمة البناء مبنيا لان البناء ملكه لحصوله باذن الشرع واطلاقه فله أن لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببدل يعدله وهو القيمة وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان فى ظاهر الرواية يرجع بما أنفقه وكذا ذكر الخصاف انه يرجع بما أنفق لانه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببناء السفل ولا ضرر لصاحب السفل فى بنائه بل فيه نفع صار مأذونا بالانفاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما أنفق وهذا بخلاف البئر المشترك والدولاب المشترك والحمام المشترك ونحو ذلك اذا خربت فامتنع أحدهما عن العمارة انه يجبر الآخر على العمارة لان هناك ضرورة لانه لا يمكن الانتفاع به بواسطة القسمة لانه لا يحتمل القسمة والترك لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان الذى أبى العمارة متعنتا محضا فى الامتناع فيدفع تعنته بالجبر على العمارة هذا اذا انهدما بأنفسهما فأما اذا هدم صاحب السفل سفله حتى انهدم العلو يجبر على اعادته لانه أتلف حق صاحب العلو باتلاف محله ويمكن جبره بالاعادة فتجب عليه اعادته وعلى هذا حائط بين دارين انهدم ولهما عليه جذوع لم يجبر واحد منهما على بنائه لما قلنا ولكن اذا أبى أحدهما البناء يقال للآخر ان شئت فابن من مال نفسك وضع خشبك عليه وامنع صاحبك من الوضع حتى يرد عليك نصف قيمة البناء مبنيا أو نصف ما أنفقته على حسب ما ذكرنا فى السفل والعلو وقيل انما يرجع اذا لم يكن موضع الحائط عريضا ولا يمكن كل واحد منهما أن يبنى حائطا على حدة فى نصيبه بعد القسمة (فأما) اذا كان عريضا يمكن قسمته وأن يبنى كل واحد منهما فى نصيبه حائطا يصلح لوضع الجذوع عليه فبناه كما كان بغير اذن صاحبه لا يكون له حق الرجوع على صاحبه بل يكون متبرعا لانه يبنى ملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فكان متبرعا فلا يرجع عليه بشئ ولو أراد أحدهما قسمة عرصة الحائط لم تقسم الا عن تراض منهما بالقسمة لان لكل واحد منهما عليه حق وضع الخشب وفى القسمة جبرا ابطال حق الآخر من غير رضاه وهذا لا يجوز ويحتمل أن يقال هذا اذا لم يكن عريضا فان كان يقسم قسمة جبر لانه لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت الجذوع عليه لاحدهما فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان الطالب صاحب الجذوع يجبر الآخر على القسمة لانه فى الانتفاع متعنت وانما الحق لصاحب الجذوع وقد رضى بسقوط حقه وان كان الطالب من لا جذع له لا يجبر صاحب الجذوع على القسمة لان فيها ابطال حقه فى وضع الجذوع فلا يجوز من غير رضاه ولو هدم الحائط أحدهما يجبر على اعادته لما ذكرنا انه أتلف محل حق أحدهما فيجب جبره على الاعادة وعلى هذا اسفل لرجل وعليه علو لغيره فأراد صاحب السفل أن يفتح بابا أو يثبت كوة أو يحفر طاقا أو يقد وتدا على الحائط أو يتصرف فيه تصرفا لم يكن قبل ذلك ليس له ذلك من غير رضا صاحب العلو سواء أضر ذلك بالعلو

بان

بأن أوجب وهن الحائط أو لم يضر به عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك ان لم يضر بالعلو ولو أراد صاحب السفل أن يحفر في سفله بئرا أو بالوعة أو سردابا فله ذلك من غير رضا صاحب العلو اجماعا وكذا ايقاد النار للطبخ أو للخبز وصب الماء للغسل أو للوضوء بالاتفاق وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلو ان يحدث على علوه بناء أو يضع جذوعا لم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه بابا أو كنيفا لم يكن قبله ليس له ذلك عند أبي حنيفة سواء أضر بالسفل أولا وعندهما له أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفل وله ايقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل اجماعا منهم من قال لا خلاف بينهم في الحقيقة وقولهما تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله ومنهم من حقق الخلاف (وجه) قولهما أن صاحب السفل يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع الا لحق الغير وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به صاحب الحق ألا ترى أن الانسان لا يمنع من الاستظلال بجدار غيره ومن الاصطلاء بنار غيره لانعدام تضرر المالك والخلاف هنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه ولابي حنيفة رحمه الله أن حرمة التصرف في ملك الغير وحقه لا يقف على الضرر بل هو حرام سواء تضرر به أم لا ألا ترى ان نقل المرآة والمحار من دار المالك الى موضع آخر حرام وان كان لا يتضرر به المالك والدليل عليه انه يباح التصرف في ملك الغير وحقه برضاه ولو كانت الحرمة لما يلحقه من الضرر لما أبيح لان الضرر لا ينعدم برضا المالك وصاحب الحق دل أن التصرف في ملك الغير وحقه حرام أضر بالمالك أولا وهنا حق لصاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه الا باذنه ورضاه بخلاف ما ضربنا من المثال وهو الاستظلال بجدار غيره والاصطلاء بنار غيره لان ذلك ليس تصرفا في ملك الغير وحقه اذ لا أثر لذلك متصل بملك الغير وحقه وهنا بخلافه وعلى هذا اذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزابا أو كان ميزابا فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك وكذلك لو أراد أن يجعل ميزابا أطول من ميزابه أو أعرض أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لان صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطا ليسدوا مسيله أو أرادوا أن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعوه أو يسفلوه لم يكن لهم ذلك لان ذلك تصرف في حق الغير بالابطال والتغيير فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو بنى أصل الدار لتسييل ميزابه على ظهره فلهم ذلك لان مقصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين دار لرجل فيها طريق فأراد أهل الدار أن يبنوا في ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس لهم ذلك لان فيه ابطال حق المرور وينبغي أن يتركوا في ساحة الدار عرض باب الدار لان عرض الطريق مقدر بعرض باب الدار ولو أراد رجل أن يشرع الى الطريق جناحا أو ميزابا فنقول هذا في الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما ان كانت السكة نافذة واما ان كانت غير نافذة فان كانت نافذة فانه ينظر ان كان ذلك مما يضر بالمارين فلا يحل له أن يفعل ذلك في دينه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام ولو فعل ذلك فلكل واحد أن يقلع عليه ذلك وان كان ذلك مما لا يضر بالمارين حل له الانتفاع به ما لم يتقدم اليه أحد بالرفع والنقض فاذا تقدم اليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع به بعد ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له الانتفاع قبل التقدم وبعده وكذلك هذا الحكم في غرس الاشجار وبناء الدكاكين والجلوس للبيع والشراء على قارعة الطريق (وجه) قولهما ما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير ليس لعينه بل للتحرز عن الضرر ولا اضرار بالمارة فاستوى فيه حال ما قبل التقدم وبعده ولابي حنيفة رحمه الله ان اشراع الجناح والميزاب الى طريق العامة تصرف في حقهم لان هواء البقعة في حكم البقعة والبقعة حقهم فكذا هواؤها فكان الانتفاع بذلك تصرفا في حق الغير وقدمر ان التصرف في حق الغير بغير اذنه حرام سواء أضر به أولا الا أنه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم لوجود الاذن منهم دلالة وهي ترك التقدم بالنقض والتصرف في حق الانسان باذنه مباح فاذا وقعت المطالبة بصريح النقض بطلت الدلالة فبقي الانتفاع بالمبني تصرفا في حق مشترك بين الكل من غير اذنهم ورضاهم فلا يحل هذا اذا كانت السكة نافذة فأما اذا كانت غير نافذة فان كان له حق في التقديم فليس لاهل السكة حق المنع لتصرفه في حق نفسه وان لم

يكن له حق فى التقديم فلهم منعه سواء كان لهم فى ذلك مضرة أولا لما ذكرنا ان حرمة التصرف فى حق الغير لا تقف على المضرة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب الشهادة﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان ركن الشهادة وفى بيان شرائط الركن وفى بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة وفى بيان حكم الشهادة أما ركن الشهادة فقول الشاهد أشهد بكذا وكذا وفى متعارف الناس فى حقوق العباد هو الاخبار عن كون ما فى يد غيره لغيره فكل من أخبر بأن ما فى يد غيره لغيره فهو شاهد و به ينفصل عن المقر والمدعى والمدعى عليه على ماذكرنا فى كتاب الدعوى

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فى الاصل فنوعان نوع هو شرط تحمل الشهادة و نوع هو شرط أداء الشهادة (أما) الاول فثلاثة أحدها أن يكون عاقلا وقت التحمل فلا يصح التحمل من المجنون والصبى الذى لا يعقل لان تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك الا بآلة الفهم والضبط وهى العقل والثانى أن يكون بصيراً وقت التحمل عندنا فلا يصح التحمل من الاعمى وعند الشافعى رحمه الله البصر ليس بشرط لصحة التحمل ولا لصحة الاداء لان الحاجة الى البصر عند التحمل لحصول العلم بالمشهود به وذلك يحصل بالسماع وللاعمى سماع صحيح فيصح تحمله للشهادة و يقدر على الاداء بعد التحمل (ولنا) أن الشرط هو السماع من الخصم لان الشهادة تقع له ولا يعرف كونه خصما الا بالرؤية لان النغمات يشبه بعضها بعضا (وأما) البلوغ والحرية والاسلام والعدالة فليست من شرائط التحمل بل من شرائط الاداء حتى لو كان وقت التحمل صبيا عاقلا أو عبداً أو كافراً أو فاسقا ثم بلغ الصبى وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضى تقبل شهادتهم وكذا العبد اذا تحمل الشهادة لمولاه ثم عتق فشهد له تقبل وكذا المرأة اذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانت منه فشهدت له تقبل شهادتها لان تحملها الشهادة للمولى والزوج صحيح وقد صارا من أهل الاداء بالعتق والبينونة فتقبل شهادتهما ولو شهد الفاسق فردت شهادته لتهمة الفسق أو شهد أحد الزوجين لصاحبه فردت شهادته لتهمة الزوجية ثم شهدوا فى تلك الحادثة بعد التوبة والبينونة لا تقبل ولو شهد العبد أو الصبى العاقل أو الكافر على مسلم فى حادثة فردت شهادته ثم أسلم الكافر وعتق العبد و بلغ الصبى فشهدوا فى تلك الحادثة بعينها تقبل (و وجه) الفرق ان الفاسق والزوج لهما شهادة فى الجملة وقد وردت فاذا شهدوا بعد التوبة و زوال الزوجية فى تلك الحادثة فقد أعاد تلك الشهادة وهى مردودة والشهادة المردودة لا تحتمل القبول بخلاف الكافر والعبد والصبى لانه لا شهادة للكافر على المسلم أصلا وكذا الصبى والعبد لا شهادة لهما أصلا فاذا أسلم الكافر وعتق العبد و بلغ الصبى فقد حدثت لهم بالاسلام والعتق والبلوغ شهادة وهى غير المردودة فقبلت فهو الفرق الثالث أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره الا فى أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولا يعلم مثل الشمس الا بالمعاينة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالتسامع الا فى أشياء مخصوصة وهى النكاح والنسب والموت فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وان لم يعاين بنفسه لان مبنى هذه الاشياء على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة وكذا اذا شهد العرس والزفاف يجوز له ان يشهد بالنكاح لانه دليل النكاح وكذا فى الموت اذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له ان يشهد بموته واختلفوا فى تفسير التسامع فعند محمد رحمه الله هو أن يشتهر ذلك و يستفيض وتتواتر به الاخبار عنده من غير تواطؤ لان الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معاينة فعلى هذا اذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة مالم يدخل فى حد التواتر وذكر أحمد بن عمر و بن مهران الخصاف انه اذا أخبره رجلان عدلان أو رجل

وامراتان

وامرأتان ان هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك استدلالا بحكم الحاكم وشهادته فانه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه بل بخبرهما ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل كذا هذا ولو أخبره رجل أو امرأة بموت انسان حل للسامع أن يشهد بموته فعلى هذا يحتاج الى الفرق بين الموت و بين النكاح والنسب ووجه الفرق ان مبنى هذه الاشياء وان كان على الاشتهار الا أن الشهرة فى الموت أسرع منه فى النكاح والنسب لذلك شرط العدد فى النكاح والنسب لا فى الموت لكن ينبغى أن يشهد فى كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل والتقييد بأن يقول انى لم أعاين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا حتى لو شهد كذلك لا تقبل وأما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبى يوسف رحمه الله الاول ثم رجع وقال تقبل وذكر الطحاوى رحمه الله قول محمد مع أبى يوسف الآخر ووجهه أن الولاء لحمة كلحمة النسب ثم الشهادة بالتسامع فى النسب مقبولة كذا فى الولاء الا ترى أنا كما نشهد أن سيدنا عمر كان ابن الخطاب رضى الله عنه نشهد أن نافعا كان مولى ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما والصحيح جواب ظاهر الرواية لان جواز الشهادة بالتسامع فى النسب لما أن مبنى النسب على الاشتهار فقامت الشهرة فيه مقام السماع بنفسه وليس مبنى الولاء على الاشتهار فلا بد من معاينة الاعتاق حتى لو اشتهر اشتهار نافع لابن سيدنا عمر رضى الله عنهما حلت الشهادة بالتسامع وأما الشهادة بالتسامع فى الوقف فلم يذكره فى ظاهر الرواية الا أن مشايخنا ألحقوه بالموت لان مبنى الوقف على الاشتهار أيضا كالموت فكان ملحقا به وكذا تجوز الشهادة بالتسامع فى القضاء والولاية أن هذا قاضى بلد كذا و والى بلد كذا وان لم يعاين المنشور لان مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيهما مقام المعاينة ثم تحمل الشهادة كما يحصل بمعاينة المشهود به بنفسه يحصل بمعاينة دليله بان يرى ثوبا أو دابة أو دارا فى يد انسان يستعمله استعمال الملاك من غير منازع حتى لو خاصمه غيره فيه يحل له أن يشهد بالملك لصاحب اليد لان اليد المتصرفة فى المال من غير منازع دليل الملك فيه بل لا دليل يشاهد فى الاموال أقوى منها وزاد أبو يوسف فقال لا تحل له الشهادة حتى يقع فى قلبه أيضا أنه له و ينبغى أن يكون هذا قولهم جميعا أنه لا تجوز للرائى الشهادة بالملك لصاحب اليد حتى يراه فى يده يستعمله استعمال الملاك من غير منازع وحتى يقع فى قلبه أنه له وذكر فى الجامع الصغير وقال كل شئ فى يد انسان سوى العبد والامة يسعك أن تشهد أنه له استثنى العبد والامة فيقتضى أن لا تحل له الشهادة بالملك لصاحب اليد فيهما الا اذا أقرا بأنفسهما وانما أراد به العبد الذى يكون له فى نفسه يد بان كان كبيرا يعبر عن نفسه وكذا الامة لان الكبير فى يد نفسه ظاهرا اذ الاصل هو الحرية فى بنى آدم والرق عارض فكانت يده الى نفسه أقرب من يد غيره فلم تصلح يد غيره دليل الملك فيه بخلاف الجمادات والبهائم لانه لا يد لها فبقيت يد صاحب اليد دليلا على الملك ولان الحر قد يخدم كانه عبد عادة وهذا أمر ظاهر فى متعارف الناس وعاداتهم فتعارض الظاهران فلم تصلح اليد دليلا فيه أما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه كان حكمه حكم الثوب والبهيمة لانه لا يكون له فى نفسه يد فيلحق بالعروض والبهائم فتحل للرائى الشهادة بالملك فيه لصاحب اليد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرائط اداء الشهادة فانواع بعضها يرجع الى الشاهد و بعضها يرجع الى نفس الشهادة و بعضها يرجع الى مكان الشهادة و بعضها يرجع الى المشهود به أما الذى يرجع الى الشاهد فانواع بعضها يعم الشهادات كلها و بعضها يخص البعض دون البعض أما الشرائط العامة فمنها العقل لان من لا يعقل لا يعرف الشهادة فكيف يقدر على أدائها ومنها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبى العاقل لانه لا يقدر على الاداء الا بالتحفظ والتحفظ بالتذكر والتذكر بالتفكر ولا يوجد من الصبى عادة ولان الشهادة فيها معنى الولاية والصبى مولى عليه ولانه لو كان له شهادة للزمته الاجابة عند الدعوة للآية الكريمة وهو قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا أى دعوا للاداء فلا يلزمه اجماعا ومنها الحرية فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ والشهادة شئ فلا يقدر على أدائها بظاهر الآية الكريمة ولان الشهادة تجرى مجرى الولايات والتمليكات أما معنى

الولاية فان فيه تنفيذ القول على الغير وانه من باب الولاء وأما معنى التمليك فان الحاكم يملك الحكم بالشهادة فكان الشاهد ملكه الحكم والعبد لا ولاية له على غيره ولا يملك فلا شهادة له ولانه لو كان له شهادة لكان يجب عليه الاجابة اذا دعى لاداءها للآية الكريمة ولا يجب لقيام حق المولى وكذا لا تقبل شهادة المدبر والمكاتب وأم الولد لانهم عبيد وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة وعندهما تقبل شهادته لانه بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين ومنها بصر الشاهد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا تقبل شهادة الاعمى عندهما سواء كان بصيرا وقت التحمل أولا وعند أبي يوسف ليس بشرط حتى تقبل شهادته اذا كان بصيرا وقت التحمل وهذا اذا كان المدعى شيأ لا يحتاج الى الاشارة اليه وقت الاداء فاما اذا كان شيأ يحتاج الى الاشارة اليه وقت الاداء لا تقبل شهادته اجماعا وجه قول أبي يوسف أن اشتراط البصر ليس لعينه بل لحصول العلم بالمشهود به وذا يحصل اذا كان بصيرا وقت التحمل وجه قولهما أنه لا بد من معرفة المشهود له والاشارة اليه عند الشهادة فاذا كان أعمى عند الاداء لا يعرف المشهود له من غيره فلا يقدر على اداء الشهادة ومنها النطق فلا تقبل شهادة الاخرس لان مراعاة لفظة الشهادة شرط صحة أدائها ولا عبارة للأخرس أصلا فلا شهادة له ومنها العدالة لقبول الشهادة على الاطلاق فانها لا تقبل على الاطلاق دونها لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والشاهد المرضى هو الشاهد العدل والكلام في العدالة في مواضع في بيان ماهية العدالة انها ماهي في عرف الشرع وفي بيان صفة العدالة المشروطة وفي بيان انها شرط أصل القبول وجوداً أم شرط القبول على الاطلاق وجوداً ووجوبا أما الاول فقد اختلفت عبارات مشايخنا رحمهم الله في ماهية العدالة المتعارفة قال بعضهم من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج فهو عدل لان أكثر أنواع الفساد والشر يرجع الى هذين العضوين وقال بعضهم من لم يعرف عليه جريمة في دينه فهو عدل وقال بعضهم من غلبت حسناته سيئاته فهو عدل وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال اذا رأيتم الرجل يعتاد الصلاة في المساجد فاشهدوا له بالايمان وروى من صلى الى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايمان وقال بعضهم من يجتنب الكبائر وأدى الفرائض وغلبت حسناته سيآته فهو عدل وهو اختيار أستاذ أستاذي الامام فخر الدين على البزدوي رحمه الله تعالى واختلفت في ماهية الكبائر والصغائر قال بعضهم ما فيه حد في كتاب الله عز وجل فهو كبيرة وما لا حد فيه فهو صغيرة وهذا ليس بسديد فان شرب الخمر وأكل الربا كبيرتان ولا حد فيهما في كتاب الله تعالى وقال بعضهم ما يوجب الحد فهو كبيرة وما لا يوجبه فهو صغيرة وهذا يبطل أيضا بأكل الربا فانه كبيرة ولا يوجب الحد وكذا يبطل أيضا باشياء أخر هي كبائر ولا توجب الحد نحو عقوق الوالدين والفرار من الزحف ونحوها وقال بعضهم كلما جاء مقرونا بوعيد فهو كبيرة نحو قتل النفس المحرمة وقذف المحصنات والزنا والربا وأكل مال اليتيم والفرار من الزحف وهو مروى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما وقيل له ان عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما قال الكبائر سبع فقال هي الى سبعين أقرب ولكن لا كبيرة مع توبة ولا صغيرة مع اصرار وروى عن الحسن عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ما تقولون في الزنا والسرقة وشرب الخمر قالوا الله ورسوله أعلم قال عليه الصلاة والسلام هن فواحش وفيهن عقوبة ثم قال عليه الصلاة والسلام ألا أنبئكم بأكبر الكبائر فقالوا بلى يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان عليه الصلاة والسلام متكئا فجلس ثم قال الا وقول الزور الا وقول الزور الا وقول الزور فاذا عرفت تفسير العدالة في عرف الشرع فلا عدالة لشارب الخمر لان شربه كبيرة فتسقط به العدالة ومن مشايخنا من قال اذا كان الرجل صالحا في أموره تغلب حسناته سيآته ولا يعرف بالكذب ولا بشئ من الكبائر غير انه يشرب الخمر أحيانا للصحة البدن والتقوى لا للتلهي يكون عدلا وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلا لان شرب الخمر كبيرة محضة وان كان للتقوى ومن شرب النبيذ لا تسقط عدالته بنفس الشرب لان شربه للتقوى دون التلهي حلال وأما السكر منه فان كان وقع منه مرة وهو لا يدرى أو وقع سهوا لا تسقط عدالته وان كان يعتاد السكر منه تسقط

عدالته لان السكر منه حرام ولا عدالة لمن يحضر مجلس الشرب و يجلس بينهم وان كان لا يشرب لان حضوره مجلس الفسق فسق ولا عدالة للنائح والنائحة لان فعلهما محظور وأما المغني فان كان يجتمع الناس عليه للفسق بصوته فلا عدالة له وان كان هو لا يشرب لانه رأس الفسقة وان كان يفعل ذلك مع نفسه لدفع الوحشة لا تسقط عدالته لان ذلك مما لا بأس به لان السماع مما يرقق القلوب لكن لا يحل الفسق به وأما الذي يضرب شيأ من الملاهي فانه ينظر ان لم يكن مستشنعا كالقصب والدف ونحوه لا بأس به ولا تسقط عدالته وان كان مستشنعا كالعود ونحوه سقطت عدالته لانه لا يحل بوجه من الوجوه والذي يلعب بالحمام فان كان لا يطيرها لا تسقط عدالته وان كان يطيرها تسقط عدالته لانه يطلع على عورات النساء و يشغله ذلك عن الصلاة والطاعات ومن يلعب بالنرد فلا عدالة له وكذلك من يلعب بالشطرنج و يعتاده فلا عدالة له وان اباحه بعض الناس لتشحيذ الخاطر وتعلم أمر الحرب لانه حرام عندنا لكونه لعبا قال عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل أهله وتأديبه فرسه ورميه عن قوسه وكذلك اذا اعتاد ذلك يشغله عن الصلاة والطاعات فان كان يفعله أحيانا ولا يقامر به لا تسقط عدالته ولا عدالة لمن يدخل الحمام بغير مئزر لان ستر العورة فريضة ومن ترك الصلاة بالجماعات استخفافا بها وهوانا بتركها فلا عدالة له لان الجماعة واجبة وان كان تركها عن تأويل بأن كان الامام غير مرضي عنده لا تسقط عدالته ولا عدالة لمن يفجر بالنساء أو يعمل بعمل قوم لوط ولا للسارق وقاطع الطريق والمتلصص وقاذف المحصنات وقاتل النفس المحرمة وآكل الربا ونحوه لان هؤلاء من رؤس الكبائر ولا عدالة للمخنث لان فعله وعمله كبيرة ولا عدالة لمن لم يبال من أين يكتسب الدراهم من أي وجه كان لان من هذا حاله لا يأمن منه أن يشهد زورا طمعا في المال والمعروف بالكذب لا عدالة له ولا تقبل شهادته أبدا وان تاب لان من صار معروفا بالكذب واشتهر به لا يعرف صدقه في توبته بخلاف الفاسق اذا تاب عن سائر أنواع الفسق تقبل شهادته وكذا من وقع في الكذب سهوا أو ابتلي به مرة ثم تاب لانه قل ما يخلو مسلم عن ذلك فلو منع القبول لانسد باب الشهادة وأما الاقلف فتقبل شهادته اذا كان عدلا ولم يكن تركه الختان رغبة عن السنة لعمومات الشهادة ولان اسلامه اذا كان في حال الكبر فيجوز أنه خاف على نفسه التلف فان لم يخف ولم يختتن تاركا للسنة لم تقبل شهادته كالفاسق والذي يرتكب المعاصي أن شهادته لا تجوز وان كنا لا نستيقن كونه فاسقا في تلك الحال وتقبل شهادة ولد الزنا اذا كان عدلا لعمومات الشهادة لان زنا الوالدين لا يقدح في عدالته لقوله سبحانه وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى وما روي عنه عليه الصلاة والسلام ولد الزنا أسوأ الثلاثة فذا في ولد معين والله تعالى أعلم وتقبل شهادة الخصي لعمومات الشهادة وروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قبل شهادة علقمة الخصي ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة ولان الخصاء لا يقدح في العدالة فلا يمنع قبول الشهادة وأما شهادة صاحب الهوى اذا كان عدلا في هواه ودينه نظر في ذلك ان كان هوى يكفره لا تقبل شهادته لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة وان كان لا يكفره فان كان صاحب العصبية وصاحب الدعوة الى هواه أو كان فيه مجانة لا تقبل أيضا لان صاحب العصبية والدعوة لا يبالي من الكذب والتزوير لترويج هواه فكان فاسقا فيه وكذا اذا كان فيه مجانة لان الماجن لا يبالي من الكذب فان لم يكن كذلك وهو عدل في هواه تقبل لان هواه يزجره عن الكذب الا صنف من الرافضة يسمون بالخطابية فانهم لا شهادة لهم لان من نحلتهم انه تحل الشهادة لمن يوافقهم على من يخالفهم وقيل من نحلتهم أن من ادعى أمرا من الامور وحلف عليه كان صادقا في دعواه فيشهدون له فان كان هذا مذهبهم فلا تخلو شهاداتهم عن الكذب وكذا لا عدالة لاهل الالهام لانهم يحكمون بالالهام فيشهدون لمن يقع في قلوبهم انه صادق في دعواه ومعلوم أن ذلك لا يخلو عن الكذب ولا عدالة لمن يظهر شتيمة الصحابة رضي الله تعالى عنهم لان شتيمة واحد من آحاد المسلمين مسقطة للعدالة فشتيمتهم أولى ولا عدالة لصاحب المعصية لقوله عليه الصلاة والسلام ليس منا من مات على المعصية وقال عليه الصلاة والسلام من مات على المعصية فهو كحمار نزع

بدينه فكانت المعصية معصية مسقطة للعدالة والاصل فى هذا الفصل أن من ارتكب جريمة فان كانت من الكبائر سقطت عدالته الا أن يتوب فان لم تكن من الكبائر فان أصر عليها واعتاد ذلك فكذلك لان الصغيرة بالاصرار عليها تصير كبيرة قال عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وان لم يصر عليها لا تسقط عدالته اذا غلبت حسناته سيآته وأما بيان صفة العدالة المشروطة فقد اختلف أصحابنا رحمهم الله قال أبو حنيفة رضى الله عنه الشرط هو العدالة الظاهرة فاما العدالة الحقيقية وهى الثابتة بالسؤال عن حال الشهود بالتعديل والتزكية فليست بشرط وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله انها شرط ولقب المسئلة أن القضاء بظاهر العدالة جائز عنده وعندهما لا يجوز وجملة الكلام فيه أنه لا خلاف فى أنه اذا طعن الخصم فى الشاهد انه لا يكتفى بظاهر العدالة بل يسأل القاضى عن حال الشهود وكذا لا خلاف فى أنه يسأل عن حالهم فى الحدود والقصاص ولا يكتفى بالعدالة الظاهرة سواء طعن الخصم فيهم أو لم يطعن واختلفوا فيما سوى الحدود والقصاص اذا لم يطعن الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يسأل وقالا يسأل عن مشايخنا من قال هذا الاختلاف اختلاف زمان لا اختلاف حقيقة لان زمن أبى حنيفة رحمه الله كان من أهل خير وصلاح لانه زمن التابعين وقد شهد لهم النبى عليه الصلاة والسلام بالخيرية بقوله خير القرون قرنى الذى أنا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشوا الكذب الحديث فكان الغالب فى أهل زمانه الصلاح والسداد فوقعت الغنية عن السؤال عن حالهم فى السر ثم تغير الزمان وظهر الفساد فى قرنهما فوقعت الحاجة الى السؤال عن العدالة فكان اختلاف جوابهم لاختلاف الزمان فلا يكون اختلافا حقيقة ومنهم من حقق الخلاف (وجه) قولهما ان العدالة الظاهرة تصلح للدفع لا للاثبات لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل والحاجة ههنا الى الاثبات وهو ايجاب القضاء والظاهر لا يصلح حجة له فلا بد من إثبات العدالة بدليلها ولابى حنيفة ظاهر قوله عز وجل وكذلك جعلناكم أمة وسطا أى عدلا وصف الله سبحانه وتعالى مؤمنى هذه الامة بالوساطة وهى العدالة وقال سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه عدول بعضهم على بعض فصارت العدالة أصلا فى المؤمنين وزوالها بعارض ولان العدالة الحقيقية مما لا يمكن الوصول اليها فتعلق الحكم بالظاهر وقد ظهرت عدالتهم قبل السؤال عن حالهم فيجب الاكتفاء به الا أن يطعن الخصم لانه اذا طعن الخصم وهو صادق فى الطعن فيقع التعارض بين الظاهرين فلا بد من الترجيح بالسؤال والسؤال فى الحدود والقصاص طريق لدرئها والحدود يحتال فيها للدرء ولو طعن المشهود عليه فى حرية الشاهدين وقال انهما رقيقان وقالا نحن حران فالقول قوله حتى تقوم لهما البينة على حريتهما لان الاصل فى بنى آدم وان كان هو الحرية لكونهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام وهما حران لكن الثابت بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الخصم ولا بد من اثباتها بالدلائل والاصل فيه أن الناس كلهم أحرار الا فى أربعة الشهادات والحدود والقصاص والعقل هذا اذا كانا مجهولى النسب لم تعرف حريتهما ولم تكن ظاهرة مشهورة بان كانا من الهند أو الترك أو غيرهم ممن لا تعرف حريته أو كانا عربيين فاما اذا لم يكونا ممن يجرى عليه الرق فالقول قولهما ولا يثبت رقهما الا بالبينة وأما بيان ان العدالة شرط قبول أصل الشهادة وجودا أم شرط القبول مطلقاً وجوبا ووجودا فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله انها شرط القبول للشهادة وجودا على الاطلاق ووجوبا لا شرط أصل القبول حتى يثبت القبول بدونه وقال الشافعى عليه الرحمة انها شرط أصل القبول لا يثبت القبول أصلا دونها حتى ان القاضى لو تحرى الصدق فى شهادة الفاسق يجوز له قبول شهادته ولا يجوز القبول من غير تحر بالاجماع وكذا لا يجب عليه القبول بالاجماع وله أن يقبل شهادة العدل من غير تحر واذا شهد يجب عليه القبول وهذا هو الفصل بين شهادة العدل وبين شهادة الفاسق عندنا وعند الشافعى عليه الرحمة لا يجوز للقاضى أن يقضى بشهادة الفاسق أصلا وكذا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين عندنا وعنده لا ينعقد (وجه) قول الشافعى رحمه الله أن مبنى قبول الشهادات على الصدق ولا يظهر الصدق الا بالعدالة لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب يحتمل الصدق

والكذب ولا يقع الترجيح الا بالعدالة واحتج فى انعقاد النكاح بقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل (ولنا) عمومات قوله تعالى واستشهد واشهيدين من رجالكم وقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود والفاسق شاهد لقوله سبحانه وتعالى ممن ترضون من الشهداء قسم الشهود الى مرضيين وغير مرضيين فيدل على كون غير المرضى وهو الفاسق شاهداً ولان حضرة الشهود فى باب النكاح لدفع تهمة الزنا لا لحاجة الى شهادتهم عند الجحود والانكار لان النكاح يشتهر بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود والانكار بالشهادة بالتسامع والتهمة تندفع بحضرة الفاسق فينعقد النكاح بحضرتهم وأما قوله الركن فى الشهادة هو صدق الشاهد فنعم لكن الصدق لا يقف على العدالة لامحالة فان من الفسقة من لا يبالى بارتكابه أنواع من الفسق ويستنكف عن الكذب والكلام فى فاسق تحرى القاضى الصدق فى شهادته فغلب على ظنه صدقه ولو لم يكن كذلك لا يجوز القضاء بشهادته عندنا وأما الحديث فقد روى عن بعض نقلة الحديث أنه قال لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولئن يثبت فلا حجة له فيه بل هو حجة عليه لانه ليس فيه جعل العدالة صفة للشاهد لانه لو كان كذلك لقال لا نكاح الا بولى وشاهدين عدلين بل هذا اضافة الشاهدين الى العدل وهو كلمة التوحيد فكانه قال عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولى مقابلى كلمة العدل وهى كلمة الاسلام والفاسق مسلم فينعقد النكاح بحضرته ومنها أن لا يكون محدوداً فى قذف عندنا وهو شرط الاداء وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط واحتج بعمومات الشهادة من غير فصل لان المانع هو الفسق بالقذف وقد زال بالتوبة (ولنا) قوله تعالى جل وعلا والذين يرمون المحصنات الآية نهى سبحانه وتعالى عن قبول شهادة الرامى على التأبيد فيتناول زمان ما بعد التوبة وبه تبين أن المحدود فى القذف مخصوص من عمومات الشهادة عملاً بالنصوص كلها صيانة لها عن التناقض وكذلك الذمى اذا قذف مسلما فحد حد القذف لا تقبل شهادته على أهل الذمة فان أسلم جازت شهادته عليهم وعلى المسلمين ومثله العبد المسلم اذا قذف حراً ثم حد حد القذف ثم عتق لا تقبل شهادته أبداً وان أعتق (ووجه) الفرق أن اقامة الحد توجب بطلان شهادة كانت للقاذف قبل الاقامة والثابت للذمى قبل اقامة الحد شهادته على أهل الذمة لا على أهل الاسلام فتبطل تلك الشهادة باقامة الحد فاذا أسلم فقد حدثت له بالاسلام شهادة غير مردودة وهى شهادته على أهل الاسلام لانها لم تكن له لتبطل بالحد فتقبل هذه الشهادة ثم من ضرورة قبول شهادته على أهل الاسلام قبول شهادته على أهل الذمة بخلاف العبد لان العبد من أهل الشهادة وان لم تكن له شهادة مقبولة لان له عدالة الاسلام والحد أبطل ذلك على التأبيد ولو ضرب الذمى بعض الحد فاسلم ثم ضرب الباقى تقبل شهادته لان المبطل للشهادة اقامة الحد فى حالة الاسلام ولم توجد لان الحد اسم للكل فلا يكون البعض حداً لان الحد لا يتجزأ وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر الفقيه أبو الليث عليه الرحمة روايتين اخريين فقال فى رواية لا تقبل شهادته وفى رواية تقبل شهادته ولو ضرب سوطاً واحداً فى الاسلام لان السياط المتقدمة توقف كونها حداً على وجود السوط الاخير وقد وجد كمال الحد فى حالة الاسلام وفى رواية اعتبر الاكثر ان وجد أكثر الحد فى حال الاسلام تبطل شهادته والا فلا لان للاكثر حكم الكل فى الشرع والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا أن الحد اسم للكل وعند ضرب السوط الاخير تبين أن السياط كلها كانت حداً ولم يوجد الكل فى حال الاسلام بل البعض فلا ترد به الشهادة الحادثة بالاسلام هذا اذا شهد بعد اقامة الحد وبعد التوبة فاما اذا شهد بعد التوبة قبل اقامة الحد فتقبل شهادته بالاجماع ولو شهد بعد اقامة الحد قبل التوبة لا تقبل شهادته بالاجماع ولو شهد قبل التوبة وقبل اقامة الحد فهى مسألة شهادة الفاسق وقد مرت وأما النكاح بحضرة المحدودين فى القذف فينعقد بالاجماع أما عند الشافعى رحمه الله فلان له شهادة أداء فكانت له شهادة سماعا وأما عندنا فلان حضرة الشهود لدى النكاح ليست لدفع الجحود والانكار لاندفاع الحاجة بالشهادة بالتسامع بل لرفع ريبة الزنا والتهمة به وذا يحصل بحضرة المحدودين فى القذف فينعقد النكاح بحضرتهم ولا تقبل شهادتهم للنهى عن القبول والانعقاد ينفصل

عن القبول فى الجملة وأما المحدود فى الزنا والسرقة والشرب فتقبل شهادته بالاجماع اذا تاب لانه صار عدلا والقياس أن تقبل شهادة المحدود فى القذف اذا تاب لولا النص الخاص بعدم القبول على التأبيد ومنها أن لا يجر الشاهد الى نفسه مغنما ولا يدفع عن نفسه مغرما بشهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لاشهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم ولان شهادته اذا تضمنت معنى النفع والدفع فقد صار متهما ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه اذا جر النفع الى نفسه بشهادته لم تقع شهادته لله تعالى عز وجل بل لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوالد وان علا لولده وان سفل وعكسه أنها غير مقبولة لان الوالدين والمولودين ينتفع البعض بمال البعض عادة فيتحقق معنى جر النفع والتهمة والشهادة لنفسه فلا تقبل وذكر الخصاف رحمه الله فى أدب القاضى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا السيد لعبده ولا العبد لسيده ولا الزوجة لزوجها ولا الزوج لزوجته وأما سائر القرابات كالاخ والعم والخال ونحوهم فتقبل شهادة بعضهم لبعض لان هؤلاء ليس لبعضهم تسلط فى مال البعض عرفا وعادة فالتحقوا بالاجانب وكذا تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع وشهادة الولد من الرضاع لوالده من الرضاع لان العادة ما جرت بانتفاع هؤلاء بعضهم بمال البعض فكانوا كالاجانب ولا تقبل شهادة المولى لعبده ولا شهادة العبد لمولاه لما قلنا وأما شهادة أحد الزوجين لصاحبه فلا تقبل عندنا وعند الشافعى رحمه الله تقبل واحتج بعمومات الشهادة من غير تخصيص نحو قوله تعالى جل وعلا واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عز شأنه وأشهدوا ذوى عدل منكم وقوله عظمت كبرياؤه ممن ترضون من الشهداء من غير فصل بين عدل وعدل ومرضى ومرضى (ولنا) ما روينا من النصوص من قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا شهادة للمتهم وأحد الزوجين بشهادته للزوج الآخر يجر المغنم الى نفسه لانه ينتفع بمال صاحبه عادة فكان شاهدا لنفسه لما روينا من حديث الخصاف رحمه الله وأما العمومات فنقول بموجبها لكن لم قلتم ان أحد الزوجين فى الشهادة لصاحبه عدل ومرضى بل هو مائل ومتهم لما قلنا لا يكون شاهدا فلا تتناوله العمومات وكذا لا تقبل شهادة الاجير له فى الحادثة التى استأجره فيها لما فيه من تهمة جر النفع الى نفسه ولا تقبل شهادة أحد الشريكين لصاحبه فى مال الشركة ولو شهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ألف درهم فشهادة الفريقين باطلة عند أبى حنيفة عليه الرحمة وأبى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جائزة وعلى هذا الخلاف لو شهدا أن الميت أوصى لهما بالثلث وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بالثلث ولو شهدا أن الميت غصبهما دارا أو عبدا وشهد المشهود لهما للشاهدين بدين ألف درهم فشهادة الفريقين جائزة بالاجماع لمحمد رحمه الله أن كل فريق يشهد لغيره لا لنفسه فلا يكون متهما فى شهادته ولهما أن ما يأخذه كل فريق فالفريق الآخر يشاركه فيه فكان كل فريق شاهدا لنفسه بخلاف ما اذا اختلف جنس المشهود به لان ثمة معنى الشركة لا يتحقق ومنها أن لا يكون خصما لقوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ولانه اذا كان خصما فشهادته تقع لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوصى للميت واليتيم الذى فى حجره لانه خصم فيه وكذا شهادة الوكيل لموكله لما قلنا ومنها أن يكون عالما بالمشهود به وقت الاداء ذاكرا له عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بشرط حتى انه لو رأى اسمه وخطه وخاتمه فى الكتاب لكنه لا يذكر الشهادة لا يحل له أن يشهد ولو شهد وعلم القاضى به لا تقبل شهادته عنده وعندهما له أن يشهد ولو شهد تقبل شهادته (وجه) قولهما انه لما رأى اسمه وخطه وخاتمه على الصك دل أنه تحمل الشهادة وهى معلومة فى الصك فيحل له أداؤها واذا أداها تقبل ولان النسيان أمر جبل عليه الانسان خصوصا عند طول المدة بالشئ لان طول المدة ينسى فلو شرط تذكر الحادثة لاداء الشهادة لانسد باب الشهادة فيؤدى الى تضييع الحقوق وهذا لا يجوز ولابى حنيفة رحمه الله قوله تعالى جل شأنه ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام لشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا

فدع ولا اعتماد على الخط والختم لان الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم ويجرى فيه الاحتيال والتزوير مع ما أن الخط للتذكر فخط لا يذكر وجوده وعدمه بمنزلة واحدة وعلى هذا الخلاف اذا وجد القاضى فى ديوانه شيأ لا يذكره وديوانه تحت ختمه أنه لا يعمل به عنده وعندهما يعمل اذا كان تحت ختمه وعلى هذا الخلاف اذا عزل القاضى ثم استقضى بعد ما عزل فأراد أن يعمل بشىء مما يرى فى ديوانه الاول ولم يذكر ذلك ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك والله تعالى أعلم (وأما) الشرائط التى ترجع الى نفس الشهادة فأنواع منها لفظ الشهادة فلا تقبل بغيرها من الالفاظ كلفظ الاخبار والاعلام ونحوهما وان كان يؤدى معنى الشهادة تعبدا غير معقول المعنى ومنها أن تكون موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فان خالفتها لا تقبل الا اذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند امكان التوفيق لان الشهادة اذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعذر التوفيق انفردت عن الدعوى والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبولة وبيان ذلك فى مسائل اذا ادعى ملكا بسبب ثم أقام البينة على ملك مطلق لا تقبل وبمثله لو ادعى ملكا مطلقا ثم أقام البينة على الملك بسبب تقبل (ووجه) الفرق ان الملك المطلق أعم من الملك بسبب لانه يظهر من الاصل حتى تستحق به الزوائد والملك بسبب يقتصر على وقت وجود السبب فكان الملك المطلق أعم فصار المدعى باقامة البينة على الملك المطلق مكذبا شهوده فى بعض ما شهدوا به والتوفيق متعذر لان الملك من الاصل ينافى الملك الحادث بسبب لاستحالة ثبوتهما معا فى محل واحد بخلاف ما اذا ادعى الملك المطلق ثم أقام البينة على الملك بسبب لان الملك بسبب أخص من الملك المطلق على ما بينا فقد شهدوا باقل مما ادعى فلم يصر المدعى مكذبا شهوده بل صدقهم فيما شهدوا به وادعى زيادة شىء لا شهادة لهم عليه وصار كما لو ادعى الفا وخمسمائة فشهد الشهود على الف انه تقبل البينة على الالف لما قلنا كذا هذا ولو ادعى الملك بسبب معين ثم أقام البينة على الملك بسبب آخر بان ادعى دارا فى يد رجل انه ورثها من أبيه ثم أقام البينة على الملك انه اشتراها من صاحب اليد أو وهبها له أو تصدق بها عليه وقبض أو ادعى الشراء أو الهبة أو الصدقة ثم أقام البينة على الارث لا تقبل بينته لان الشهادة خالفت الدعوى لاختلاف البينتين صورة ومعنى أما الصورة فلا شك فيها وأما المعنى فلان حكم البينتين يختلف فلا يقبل الا اذا وفق بين الدعوى والشهادة فقال كنت اشتريت منه لكنه جحدنى الشراء وعجزت عن اثباته فاستوهبت منه فوهب منى وقبضت وأعاد البينة تقبل لانه اذا وفق فقد زالت المخالفة وظهر انه لم يكذب شهوده ويصير هذا فى الحقيقة ابتداء ولهذا يجب عليه اعادة البينة لتقع الشهادة عند الدعوى وكذا اذا وفق فقال ورثته من أبى الا أنه جحد ارثى فاشتريت منه أو وهب لى فانها تقبل لزوال التناقض والاختلاف بين الدعوى والشهادة ولو ادعى الشراء بعد هذا وأقام البينة على الشراء بالف درهم لا تقبل لان البدل قد اختلف واختلاف البدل يوجب اختلاف العقد فقد قامت البينة على عقد آخر غير ما ادعاه المدعى فلا تقبل الا اذا وفق المدعى فقال اشتريت بالعبد الا انه جحدنى الشراء به فاشتريته بعد ذلك بالف درهم فتقبل لزوال المخالفة وهذا اذا كان دعوى التوفيق فى مجلس آخر بان قام عن مجلس الحكم ثم جاء وادعى التوفيق فاما اذا لم يقم عن مجلس الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة ولو ادعى انه له ثم أقام البينة على انه لفلان وكله بالخصومة فيه تقبل بينته وبمثله لو ادعى انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه ثم أقام البينة على انه له لا تقبل ووجه الفرق ان قوله أولا انه لى لا ينفى قوله انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه لجواز ان يكون له بحق الخصومة والمطالبة ولغيره بحق الملك فكان التوفيق ممكنا فقبلت البينة بخلاف الفصل الثانى لان قوله هو لفلان وكلنى بالخصومة فيه ينفى قوله بعد ذلك هو لى لانه صرح بان الملك فيه لفلان وانه وكيل بالخصومة فيه بقوله انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه فكان قوله بعد ذلك هو لى اقرارا منه بالملك لنفسه فكان مناقضا فلا تقبل ولو ادعى انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه ثم أقام البينة على انه لفلان آخر وكلنى بالخصومة فيه لا تقبل لان قوله أولا انه لفلان

وكلنى بالخصومة فيه كما ينفى قوله انه لى ينفى قوله انه لفلان آخر وكلنى بالخصومة فيه فلا تقبل الا اذا وفق فقال ان الموكل الاول باع من الموكل الثانى ثم وكلنى الثانى بالخصومة فيقبل لزوال المناقضة ولو ادعى فى ذى القعدة انه اشترى منه هذه الدار فى شهر رمضان بالف ونقده الثمن ثم أقام البينة على أنه تصدق بالدار على المدعى فى شعبان لا تقبل بينته لان دعوى التصدق فى شعبان تنافى الشراء فى شهر رمضان لاستحالة شراء الانسان ملك نفسه والتوفيق غير ممكن فلا تقبل وان أقام البينة على التصدق فى شوال ووفق فقال جحدنى الشراء ثم تصدق بها على تقبل ولو ادعى داراً فى يدى رجل انها له وأقام البينة على أنها كانت فى يد المدعى بالامس لا تقبل وعن أبى يوسف انها تقبل ويؤمر بالرد اليه ولو أقام صاحب اليد البينة على انها كانت ملكا للمدعى تقبل بالاجماع (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان البينة لما قامت على انها ما كانت فى يده فالاصل فى الثابت بقاؤه ولهذا قبلت البينة على ملك كان ولان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو ثبت بالمعاينة أو بالاقرار انه كان فى يده بالامس يؤمر بالرد اليه كذا هذا (وجه) ظاهر الرواية ان الشهادة قامت على يد كانت فلا يثبت الكون للحال الا بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح للالزام ولان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلة وقد تكون يد ملك وقد تكون يد أمانة فكانت محتملة والمحتمل لا يصلح حجة بخلاف الملك والمعاينة وبخلاف الاقرار لانه حجة بنفسه والبينة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضى ولا وجه للقضاء بالمحتمل ولو أقام البينة انها كانت فى يده بالامس فاخذها هذا منه أو غصبها أو أودعه أو أعاره تقبل ويقضى للخارج لانه علم بالبينة انه تلقى اليد من جهة الخارج فيؤمر بالرد اليه وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى داراً فى يد رجل أنه ورثها من أبيه وأقام البينة على انها كانت لابيه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان شهدوا ان الدار كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثاً له واما ان قالوا انها كانت لابيه مات وتركها ميراثاً له واما ان قالوا انها كانت فى يد أبيه يوم الموت واما أن أثبتوا من أبيه فعلا فيها عند موته أما الوجه الاول فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تقبل الشهادة وعلى قول أبى يوسف تقبل وكذا لو شهدوا انها كانت لابيه مات قبلها لا تقبل قالوا يجب ان يكون هذا على قولهما أما على قول أبى يوسف على ما روى عنه فى الامالى ينبغى أن تقبل (وجه) قوله ان الملك متى ثبت لابيه بشهادتهم فالاصل فيما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل فصار كما لو شهدوا انها كانت لابيه يوم الموت أيضاً (وجه) قولهما ان الشهادة خالفت الدعوى لان المدعى ادعى ملكا كائنا والشهادة وقعت بملك كان لا بملك كائن فكانت الشهادة مخالفة للدعوى فلا يقبل قوله ما ثبت يبقى قلنا نعم لكن لا حكماً لدليل الثبوت لان دليل الثبوت لا يتعرض للبقاء وانما البقاء بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح حجة للاستحقاق ولو شهدوا انها كانت لجده فعندهما لا يقضى بها ما لم يشهدوا بالميراث بان يقولوا مات جده وتركها لابيه ثم مات أبوه وتركها ميراثاً له وعند أبى يوسف ينظر ان علم ان الجد مات قبل الاب يقضى بها له وان علم ان الاب مات قبل الجد أو لم يعلم لم يقض بها ولو شهدوا انها لابيه لا يقضى بها له منهم من قال هذا على الاتفاق ومنهم من قال هو على الخلاف الذى ذكرنا وهو الصحيح فانه روى عن أبى يوسف انها تقبل وأما الوجه الثانى وهو ما اذا شهدوا انها كانت لابيه مات وتركها ميراثاً له فلا شك ان هذه الشهادة مقبولة لانهم شهدوا بالملك الموروث عند الموت والترك ميراثاً له وهو تفسير الملك الموروث وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انها كانت فى يده يوم الموت فالشهادة مقبولة لان مطلق اليد من الاصل يحمل على يد المالك فكانت الشهادة بيد قائمة عند الموت شهادة بملك قائم عند الموت فاذا مات فقد ترك فثبت الملك له فى المتروك اذ هو تفسير الملك الموروث ولان يده ان كانت يد ملك كان الملك ثابتاً للمورث عند الموت وان كانت يد أمانة انتقلت يد ملك اذا مات مجهلا لان التجهيل عند الموت سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان سبب لثبوت الملك فى المضمون عندنا وأما الوجه الرابع وهو ما اذا أثبت ليد المشهود من الاب فعلا فى العين عند الموت فهذا على وجهين اما ان يكون ذلك فعلا هو دليل اليد واما ان يكون فعلا ليس هو دليل اليد والفعل

الذى هو دليل اليد هو فعل لا يتصور وجوده بدون النقل فى النقليات كاللبس والحمل او فعل يوجد للنقل عادة كالركوب فى الدواب أو فعلا يوجد فى الغالب من الملاك فيما لا يقبل النقل لا من غيرهم كالسكنى فى الدور والفعل الذى ليس بدليل اليد هو فعل ثبت فى النقليات من غير نقل ولا يكون حصوله للنقل عادة كالجلوس على البساط أو فعل ليس بفعل للملاك غالبا فيما لا يقبل كالنوم والجلوس فى الدار وأشباه ذلك فان كان فعلا هو دليل اليد تقبل الشهادة القائمة على ثبوته عندموت الاب لان الشهادة القائمة على ماهو دليل اليد عند الموت قائمة على اليد عند الموت وان كان فعلا ليس بدليل اليد لا تقبل الشهادة لانه لم توجد دليل اليد التى هى دلالة الملك وعلى هذا يخرج ماذا اقام المدعى البينة ان أباه مات فى هذه الدار انها لا تقبل لانه لم توجد الشهادة على اليد الدالة على الملك ولا على فعل دال على اليد ولا على فعل هو فعل الملاك غلبا لان الدار قد يموت فيها المالك وقد يموت فيها غير المالك من الزوار والضيف ونحوه ولو شهدوا انه مات وهو لابس هذا القميص أولابس هذا الخاتم تقبل لان لبس القميص والخاتم فعل لا يتصور بدون النقل فكان دليلا على اليد عند الموت أطلق محمد رحمه الله فى الجامع الجواب فى الخاتم ومنهم من حمل جواب الكتاب على ما اذا كان الخاتم فى خنصره أو بنصره يوم الموت وزعم انه اذا كان فيما سواهما من الاصابع لا تقبل الشهادة لان استعمال الملاك فى الخاتم هذا عادة فكانت الشهادة القائمة عليه قائمة على اليد فاما جعله فيما سواهما من الاصابع من الملاك فهو ليس بمعتاد فلا يكون ذلك استعمال الخاتم فلا يكون دليل اليد ولهذا قالوا لو جعل المودع الخاتم فى خنصره او بنصره فضاع من يده يضمن لما انه استعمله ولو جعله فيما سواهما الاصابع فضاع لا يضمن لما ان ذلك حفظ وليس باستعمال والصحيح أطلاق جواب الكتاب لان فعله كيف ما كان لا يتصور بدون النقل فكان دليلا على اليد ولو شهدوا انه مات وهو جالس على هذا البساط أو على هذا الفراش اونائم عليه لا تقبل لان هذه الافعال تتصور من غير نقل ولا تفعل للنقل عادة فلم يكن دليل اليد فان قيل اليس انه لو تنازع اثنان فى بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به انه يكون بينهما نصفين وهذا دليل ثبوت يديهما عليه قيل له انما قضى به بينهما نصفين لدعواهما انه فى يديهما لا لثبوت اليد لان الجلوس عليه والتعلق به كل واحد منهما يتحقق بدون النقل ولا يوجدان النقل غالبا على ما بينا فلا يكون دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو راكب على هذه الدابة تقبل ويقضى بالدابة للوارث لان الركوب وان كان يتهيأ بدون نقل الدابة الا انه لا يفعل عادة الا للنقل فكان دليل اليد ولو شهدوا أنه مات وهو ساكن هذه الدار تقبل ويقضى للوارث (وروى) عن أبى يوسف انه لا تقبل ولا يقضى (ووجهه) ان فعل السكنى فى الدار كما يوجد من الملاك يوجد من غيرهم فلا يصلح دليلا على اليد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان السكنى فعل يوجد فى الغالب من الملاك لا من غيرهم هذا هو المعتاد فيما بين الناس فيحمل المطلق عليه ولو شهدوا انه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه ولم يشهدوا انه كان حاملا له لا تقبل ولا يستحق المدعى بهذا شيئا لانه يحتمل انه وضعه بنفسه أو وضعه غيره ويحتمل انه وقع عليه من غير صنع أحد بان هبت ريح به فالقته على رأسه فوقع الشك فى النقل منه فلا يثبت النقل منه بالشك فلا تثبت اليد بالشك ثم نقول اذا شهد الشهود انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا للورثة فلا يخلو اما ان قالوا هذا وارثه لا وارث له غيره واما ان قالوا هو وارثه لا نعلم ان له وارثا غيره واما ان قالوا هو وارثه ولم يقولوا الا وارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثا غيره فاما الوجه الاول وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا وارث له غيره فانه تقبل شهادتهم استحسانا والقياس ان لا تقبل لانها كشهادة على ما لا علم للشاهد به لاحتمال ان يكون له وارث لا يعلمه وقد قال عليه السلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع (وجه) الاستحسان ان قولهم لا وارث له غيره معناه فى متعارف الناس وعاداتهم لا نعلم له وارثا غيره أولا وارث له غيره فى علمنا ولو نص على ذلك لقبلت شهادتهم فكذا هذا والله سبحانه أعلم (وأما) الوجه الثانى وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا نعلم له وارثا غيره

تقبل شهادتهم عند عامة العلماء رضي الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا تقبل حتى يقولوا لا وارث له غيره لانهم لو لم يقولوا لا وارث له غيره احتمل ان يكون له وارث غيره لا يعلمونه والصحيح قول العامه لان الشاهد انما تحل له الشهادة بما في علمه ونفي وارث آخر ليس في علمه فلا تحل له الشهادة به الا على اعتبار ما في علمه على ماذكرنا ولو قالوا الا نعلم له وارثاً غيره في هذا المصر أو في أرض كذا تقبل عند أبي حنيفة وعندهما لا تقبل (وجه) قولهما ان قولهم لا نعلم له وارثاً غيره في هذا المصر لا ينفي وارثا غيره لجواز ان يكون له وارث آخر في مصر آخر ولابي حنيفة رحمه الله انه لو كان له وارث آخر في موضع آخر لعلموه لان وارث الانسان لا يخفى على أهل بلده عادة فكان التخصيص والتعميم فيه سواء ثم اذا شهدوا انه وارثه لا وارث له غيره أو شهدوا انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره أولا نعلم له وارثا غيره في هذا المصر على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فانه يدفع كل التركة اليه سواء كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب كالابن والاب والام ونحوهم أو يحتمله كالاخ والاخت والجد ونحوهم لانه تعين وارثا له فيدفع اليه جميع الميراث الا اذا كان زوجا اوزوجة فلا يعطى الا أكثر نصيبه فلا يعطى الزوج الا النصف ولا تعطى المرأة الا الربع لانهما لا يستحقان من الميراث أكثر من ذلك لانه لا يرد عليهما وفي هذين الموضعين لا يؤخذ من الوارث كفيل بالاجماع وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انه وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثا غيره فانه ينظر ان كان ممن يحتمل الحجب لا يدفع اليه شيء لجواز ان يكون ثمة حاجب فان كان لا يعطى وان لم يكن يعطى بالشك وان كان ممن لا يحتمل الحجب يدفع اليه جميع المال الا الزوج والزوجة فانه لا يدفع اليهما الا نصيبهما وهو أكثر النصيبين عند محمد رحمه الله للزوج النصف وللمرأة الربع وعند أبي يوسف رحمه الله أقل النصيبين للزوج الربع وللمرأة الثمن في ظاهر الرواية عنه (وجه) قول محمد رحمه الله ان النقصان عن أكثر النصيبين باعتبار المزاحمة وفي وجود المزاحم شك فلا يثبت النقصان بالشك ولابي يوسف رحمه الله ان الاقل ثابت بيقين وفي الزيادة شك فلا تثبت الزيادة بالشك وروى عنه رواية أخرى أن للزوج الربع وللمرأة ربع الثمن لجواز ان يكون له أربع نسوة فيكون لها ربع الثمن لانه ثابت بيقين وفي الزيادة شك وروى عنه أصحاب الاملاء وللزوج الخمس وللمرأة ربع التسع أما الزوج فلان من الجائز ان يكون للمرأة ابوان و بنتان و زوج أصل المسئلة من اثني عشر للأبوين السدسان أربعة وللبنتين الثلثان ثمانية وللزوج الربع ثلاثة فعالت بثلاثة اسهم فصارت الفريضة من خمسة عشر وثلاثة من خمسة عشر خمسها فذلك للزوج وأما المرأة فلان من الجائز ان يكون للميت أبوان و بنتان وزوجة أصل المرأة من أربعة وعشرين للابوين السدسان ثمانية وللبنتين الثلثان ستة عشر وللزوجة الثمن ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت الفريضة سبعة وعشرين وثلاثة من سبعة وعشرين تسعها ثم من الجائز ان يكون معها ثلاثة أخرى فيكن أربع زوجات فيكون لها ربع التسع وثلاثة على أربعة لا تستقيم فتضرب أربعة في تسعة و يكون ستة وثلاثين سهما تسعها أربعة فلها من ذلك سهم وهو ربع التسع وهو سهم من ستة وثلاثين سهما ثم في هذا الوجه الثالث اذا كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب ودفع المال اليه هل يؤخذ منه كفيل قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يؤخذ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ (وجه) قولهما ان أخذ الكفيل لصيانة الحق والحاجة مست الى الصيانة لاحتمال ظهور وارث آخر فيؤخذ الكفيل نظراً للوارث كما في رد الآبق واللقطة الى صاحبها ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر للحال ثابت بيقين وفي ثبوت الحق لوارث آخر شك لانه قد يظهر وارث آخر وقد لا يظهر فلا يجوز تعطيل الحق الثابت بيقين لحق مشكوك فيه مع ما ان المكفول له مجهول والكفالة للمجهول غير صحيحة وانما أخذ الكفيل بتسليم الآبق واللقطة فقد قيل انه قولهما ان في المسئلة روايتان فاما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤخذ الكفيل على انا سلمنا فتلك كفالة لمعلوم لا لمجهول لان الراد انما يأخذ الكفيل لنفسه كيلا يلزمه الضمان فلم تكن كفالة لمجهول وذكر أبو حنيفة رحمه الله هذه المسئلة في الجامع الصغير

وقال

وقال هـذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم أرأيت لو لم يجـد كفيلا كنت أمنعه حقه دلت تسميته أخـذ الـكفيل ظلماً على ان مذهبه ان ليس كل مجتهد مصيباً اذ الصواب لا يحتمل ان يكون ظلمـاً فدلت المسألة على براءة ساحتـه عن لوث الاعتزال بحمد الله ومنـه وأما الذي يرجع الى المشـهود به فمنها ان تـكون الشهادة بمعلوم فان كانت بمجهول لم تقبـل لان علم القاضي بالمشهود به شرط صحة قضائه فـالم يعلم لا يمكنه القضاء به وعلى هذا يخرج ماذا شهد رجلان عند القاضي ان فلا ناً وارث هذا الميت لا وارث له غيره انه لا تقبل شهادتهما لانهما شهدا بمجهول لجهالة الوارث أسباب الوراثة واختلاف أحكامها فلا بد أن يقولوا ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثا غـيره أو اخوه لابيه وأمه لا يعلمون له وارثا غيره وقوله لا يعلمون له وارثا غيره لئلا يتلوم القاضي لا لانه من الشهادة عنـد محمد رحمه الله لجنس هذه المسائل باباً في الزيادات يعرف ثمة ان شاء الله تعالى ومنها ان يكون المشهود به معلوما للشاهد عنـد أداء الشهادة حتى لو ظن لا تحل له الشهادة وان رأى خطه وختمه وأخبره الناس بما يتذكر بنفسه وهـذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما ان رأى خطه وختمه له ان يشهد نحو ما تقدم من الخلاف والحجج من الجانبـين وأما الذي يخص المكان فواحد وهو مجلس القاضي لان الشهادة لا تصير حجة ملزمة الا بقضاء القاضي فتختص بمجلس القضاء والله سبحانه وتعـالى أعلم (وأما) الشرائط التي تخص بعض الشهادات دون البعض فانواع أيضاً (منها) الدعوى في الشهادة القائمة على حقوق العباد من المدعي بنفسه أو نائبه لان الشهادة في هذا الباب شرعت لتحقيق قول المدعي ولا يتحقق قوله الا بدعواه اما بنفسـه واما بنائبه وأما حقوق الله تبارك وتعالى فلا يشـترط فيها الدعوى كاسباب الحرمات من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصـة حقا لله تعالى الا انه شرطت الدعوى في باب السرقة لان كون المسروق ملكا لغـير السارق شرط تحقق كون الفعل سرقة شرعا ولا يظهر ذلك الا بالدعوى فشرطت الدعوى لهذا واختلف في عتق العبد انه حق للعبد فتشترط فيه الدعوى أو حق لله تعالى فلا تشترط فيه الدعوى مع الاتفاق على ان عتق الامة حق لله تعالى لما علم من الخلاف في كتاب العتاق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) العدد في الشهادة بما يطلع عليه الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالـكم فان لم يكونا رجلين فرجـل وامرأتان (وقوله) سبحانه وتعالى ثم لم يأتوا بار بعة شهداء ولان الواجب على الشاهد اقامة الشهادة لله عز وجل الآية وهو قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله تعالى وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولا تقع الشهادة لله الا وان تـكون خالصة صافية عن جر النفع ومعلوم ان في الشهادة منفعة للشاهد من حيث التصديق لان من صدق قوله يتلذذ به فلو قبل قول الفرد لم تخل شهادته عن جر النفع الى نفسـه فلا يخلص لله عز وجل فشرط العدد في الشهادة ليكون كل واحـد مضافا الى قول صاحبـه فتصفو الشهادة لله عز شأنه ولانه اذا كان فرداً يخاف عليـه السهو والنسيان لان الانسان مطبوع على السـهو والغفلة فشرط العدد في الشهادة ليذكر البعض البعض عند اعتراض السهو والغفلة كما قال الله تعالى في اقامـة امرأتين مقام رجل في الشهادة ان تضل إحـداهما فتذكر إحداهما أخرى ثم الشرط عدد المثنى في عموم الشـهادات القائمة على ما يطلع عليـه الرجال الا في الشهادة بالزنا فانه يشترط فيها عـدد الاربعـة لقوله تعالى والذين يرمون المحصـنات ثم لم يأتوا باربعـة شهداء وقوله تعـالى فان لم يأتوا بالشـهداء فأولئـك عنـد الله هم الـكاذبون ولان الشهادة في هـذا الباب أحـد نوعي الحجة فتعتـبر بالنوع الآخر وهـو الاقرار ثم عـدد الاقارير الاربعـة شرط ظهور الزنا عنـدنا فكذا عدد الشهود الاربعـة بخـلاف سائر الحدود فانه لا يشـترط العدد في الاقرار لظهورها فكذا في الشهادة ولان عدد الاربعة في الزنا ثبت نصا بخـلاف القياس لان خبر من ليس بمعصوم من الـكذب لا يخـلو عن احتمال الـكذب وعـدد الاربعـة في احتمال الـكذب مثل عدد المثنى ما لم يدخل في حد التواتر لـكنا عرفناه شرطا بنص خاص معدولا به عن القياس فبقي سائر الابواب على أصـل القياس واما فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة في النساء فالعدد فيـه ليس

بشرط عندنا فتقبل فيه شهادة امرأة واحدة والثنتان أحوط وعند مالك والشافعي رحمهما الله ان العدد فيه شرط الا ان عند مالك رحمه الله يكتفى فيه بامرأتين وعند الشافعي رحمه الله لا بد من الاربع وجه قول مالك ان شهادة الرجال لما سقط اعتبارها في هذا الباب لمكان الضرورة وجب الاكتفاء بعددهم من النساء ووجه قول الشافعي رحمه الله ان الشرع أقام كل امرأتين في باب الشهادة مقام رجل واحد ثم لا يكتفى باقل من رجلين فلا يكتفى باقل من أربع نسوة (ولنا) ان شرط العدد في الشهادة في الاصل ثبت تعبداً غير معقول المعنى لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب لا يفيد العلم قطعاً ويقينا وانما يفيده غالب الرأى وأكثر الظن وهذا ثبت بخبر الواحد العدل ولهذا لم يشترط العدد في رواية الاخبار الا انا عرفنا العدد فيها شرطاً بالنص والنص ورد بالعدد في شهادة النساء في حالة مخصوصة وهي ان يكون معهن رجل بقوله تعالى عز شأنه فرجل وامرأتان فبقيت حالة الانفراد عن الرجال على أصل القياس وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو شهد رجل واحد بالولادة يقبل لانه لما قبل شهادة امرأة واحدة فشهادة رجل واحد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اتفاق الشهادتين فيما يشترط فيه العدد فان اختلفا لم تقبل لان اختلافهما يوجب اختلاف الدعوى والشهادة ولان عند اختلاف الشهادتين لم يوجد الا أحد شطرى الشهادة ولا يكتفى به فيما يشترط فيه العدد ثم نقول الاختلاف قد يكون في جنس المشهود به وقد يكون في قدره وقد يكون في الزمان وقد يكون في المكان وغير ذلك اما اختلافهما في الجنس فقد يكون في العقد وقد يكون في المال اما في العقد فهو ان يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميراث أو بالهبة أو غير ذلك فلا تقبل لاختلاف العقدين صورة ومعنى فقد شهد كل واحد منهما بعقد غير ما شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما في المال فهو ان يشهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون فلا تقبل لانهما جنسان مختلفان وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما اختلاف الشهادة في قدر المشهود به فنحو ما اذا ادعى رجل على رجل الفي درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بالفين والآخر بالف لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله أصلا وعندهما تقبل على الالف ولو كان المدعى يدعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل على الالف بالاجماع وجه قولهما ان الشهادة لم تخالف الدعوى في قدر الالف بل وافقتها بقدرها الا ان المدعى يدعى زيادة مال لا شهادة لهم عليه فيثبت قدر ما وقع الاتفاق عليه كما اذا ادعى الفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف تقبل على الالف لما قلنا كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان شطر الشهادة خالف الدعوى لان المدعى يدعى الفين وانه اسم وضع دلالة على عدد معلوم والاسم الموضوع دلالة على عدد لا يقع على مادون ذلك العدد كسائر أسماء الاعداد كالمترك لالف من الابل والهنيدة لمائة منها ونحو ذلك فلم تكن الالف المفردة مدعى فلم تكن الشهادة شاهدة على مادخل تحت الدعوى فانفردت الشهادة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فلا تقبل بخلاف ما اذا ادعى الفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف انه يقبل على الالف لان الالف والخمسمائة اسم لعددين الا ترى انه يعطف احدهما على الآخر فيقال الف وخمسمائة فكان كل واحد منهما بانفراده داخلا تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليهما تكون قائمة على كل واحد منهما مقصوداً فاذا شهد أحدهما بالف فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فكانت الشهادة موافقة للدعوى في عدد الالف فيقضى به للمدعى لقيام الحجة عليه بخلاف الالف والالفين لانه اسم لعدد واحد لا تصح على مادونه بحال فلم تكن الالف المفردة داخلة تحت الدعوى فكانت الشهادة القائمة عليها شهادة على مالم يدخل تحت الدعوى فلا تقبل فهو الفرق بينهما ولو ادعى الفاً فشهد أحدهما بالالف والآخر بالفين لا تقبل على الالف بالاجماع لان المدعى كذب أحد شاهديه في بعض ماشهد به فاوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل الا اذا وفق فقال كان لى عليه ألفان الا انه كان قد قضانى الفا ولم يعلم به الشاهد فيقبل وكذا لو ادعى الفا فشهد أحدهما بها والآخر بالف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا الا اذا وفق فقال كان لى عليه الف وخمسمائة الا انه قضانى خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل لانه اذا وفق فقد زال الاختلاف المانع من القبول

ولو

ولوادعى على رجل انه باع عبده بالفى درهم وهو ينكر فشهد شاهد بالفين وآخر بألف أوادعى انه باعه بألف وخمسمائة
فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف لاتقبل بالاجماع لان الشاهدين اختلفا فى البدل واختلاف البدلين
يوجب اختلاف العقدين فصار كل واحد منهما شاهداً بعقد غير عقد صاحبه وليس على أحدهما شهادة شاهدين
فلا تقبل ولا يثبت العقد وكذا لوكان المشترى مدعيا والبائع مدعى عليه لما قلنا فان كان هذا فى الاجارة ينظر ان كانت
الدعوى من المؤاجر فى مدة الاجارة لاتقبل لان هذا يكون دعوى العقد وليس على أحد العاقدين شهادة شاهدين
فلا تقبل كما فى باب البيع وان كانت الدعوى بعد انقضاء مدة الاجارة فهذا دعوى المال لا دعوى العقد فكان حكمه
حكم سائر الديون وقد ذكرناه على الاتفاق والاختلاف هذا اذا كانت الدعوى من المؤاجر فان كانت من المستأجر
لاتقبل سواء كانت الدعوى فى المدة أو بعد انقضائها لان هذا دعوى العقد ولوكان هذا فى النكاح فان كانت الدعوى
من المرأة فهذا دعوى المال عند أبى حنيفة عليه الرحمه حتى انها لوادعت على رجل انه تزوجها على الف وخمسمائة فشهد
لها شاهدان أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل والنكاح جائز بالف درهم وعندهما لاتقبل ولا يجوز
النكاح لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى من الرجل والمرأة تنكر لاتقبل بالاجماع لان هذا دعوى العقد ولو
كانت الدعوى فى الخلع أو فى الطلاق على مال أو فى العتاق أو فى الصلح عن دم العمد على مال فان كانت الدعوى من
الزوج أو من المولى أو ولى القصاص تقبل لان هذا دعوى المال وان كانت الدعوى من المرأة أو العبد أو القاتل لاتقبل
لان هذا دعوى العقد ولوكان هذا فى الكتابة فان كانت الدعوى من المكاتب لاتقبل لان هذا دعوى العقد فلا
تقبل ولا تصح الكتابة وان كانت من المولى فلا تصح لان للمكاتب ان يعجز نفسه متى شاء (واما) اختلاف الشهادة
فى الزمان والمكان فانه ينظر ان كان ذلك فى الاقارير لا يمنع القبول وان كان فى الافاعيل من القتل والقطع والغصب
وانشاء البيع والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها يمنع القبول ووجه الفرق ان الاقرار مما يحتمل التكرار فيمكن
التوفيق بين الشهادتين لسماعه عن الاقرار فى زمانين أو مكانين فلا يتحقق الاختلاف بين الشهادتين بخلاف القتل
والقطع وانشاء البيع وغيره من العقود والفسوخ لان هذا لا يحتمل التكرار فاختلاف الزمان والمكان فيها يوجب
اختلاف الشهادتين فيمنع القبول وبالله التوفيق ولوادعى رجل على رجل قرض الف درهم فشهد شاهدان أحدهما
على القرض والآخر على القرض والقضاء يقضى بشهادتهما على القرض ولا يقضى بالقضاء فى ظاهر الرواية وروى
عن أبى يوسف رحمه الله انه لا يقضى بشهادتهما بالقرض أيضا لانهما وان اجتمعا على الشهادة بالقرض لكن الذى
شهد بالقضاء فسخ شهادته بالقرض فبقى على القرض شاهد واحد فلا يقضى بالشهادة والصحيح جواب ظاهر
الرواية لان الشهادتان اختلفا فى القضاء لا فى القرض بل اتفقا على القرض فيقضى به وقوله شاهد القضاء فسخ
شهادته بالقرض قلنا ممنوع بل قرر شهادته على القرض لان قضاء القرض بعد القرض يكون (واما) الذى يرجع الى
المكان فواحد وهو مجلس القضاء ومنها الذكورة فى الشهادة بالحدود والقصاص فلا تقبل فيها شهادة النساء لما روى
عن الزهرى رحمه الله انه قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله علية وسلم والخليفتين من بعده رضوان الله تعالى
عليهما انه لا تقبل شهادة النساء فى الحدود والقصاص ولان الحدود والقصاص مبناهما على الدرء والاسقاط بالشبهات
وشهادة النساء لاتخلو عن شبهة لانهن جبلن على السهو والغفلة ونقصان العقل والدين فيورث ذلك شبهة بخلاف
سائر الاحكام لانها تجب مع الشبهة ولان جواز شهادة النساء على البدل من شهادة الرجال والابدال فى باب الحدود
غير مقبولة كالكفالات والوكالات واما الشهادة على الاموال فالذكورة ليست فيها بشرط والانوثة ليست بمانعة
بالاجماع فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقول الله تبارك وتعالى فى باب المداينة فاستشهدوا شهيدين من رجالكم
فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء واختلف فى اشتراطها فى الشهادة بالحقوق التى ليست
بمال كالنكاح والطلاق والنسب قال أصحابنا رضى الله عنهم ليست بشرط وقال الشافعى رضى الله عنه شرط (وجه)

قول الشافعي رحمه الله ان شهادة النساء حجة ضرورة لانها جعلت حجة في باب الديانات عند عدم الرجال و لا ضرورة في الحقوق التي ليست بمال لاندفاع الحاجة فيها بشهادة الرجال ولهذا لم تجعل حجة في باب الحدود والقصاص وكذا لم تجعل حجة بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال (ولنا) قوله تبارك وتعالى واستشهدوا الآية جعل الله سبحانه وتعالى لرجل وامرأتين شهادة على الاطلاق لانه سبحانه وتعالى جعلهم من الشهداء والشاهد المطلق من له شهادة على الاطلاق فاقتضى ان يكون لهم شهادة في سائر الاحكام الا ما قيد بدليل وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه أجاز شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة فكان اجماعا منهم على الجواز ولان شهادة رجل وامرأتين في اظهار المشهود به مثل شهادة رجلين لرجحان جانب الصدق فيها على جانب الكذب بالعدالة الا انها لم تجعل حجة فيما يدرأ بالشبهات لنوع قصور وشبهة فيها لما ذكرنا وهذه الحقوق تثبت بدليل فيه شبهة (وأما) قوله بانها ضرورة فلا تسلم فانها مع القدرة على شهادة الرجال في باب الاموال مقبولة فدل انها شهادة مطلقة لا ضرورة وبه تبين ان نقصان الانوثة يصير مجبورا بالعدد فكانت شهادة مطلقة واختلف في اشتراطها في الشهادة على الاحصان قال علماؤنا الثلاثة رضي الله عنهم ليست بشرط وقال زفر شرط حتى يظهر الاحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعنده لا يظهر (وجه) قول زفر رحمه الله أن الذكورة شرط في علة العقوبات بالاجماع حتى لا يظهر بشهادة رجل وامرأتين والاحصان من جملة أوصاف العلة لان علة وجوب الرجم ليس هو الزنا المطلق بل الزنا الموصوف بالتغليظ ولا يتغلظ الا بالاحصان فكان الاحصان من جملة العلة فلا يثبت بشهادة النساء ولهذا لو أقر بالاحصان جاز رجوعه كما انه لو أقر بالزنا رجع وكذا الشهادة القائمة على الاحصان من غير دعوى كالشهادة القائمة على الزنا (ولنا) قوله عز وجل فاستشهدوا الآية ودلالتها على نحو ما تقدم مع الشافعي رحمه الله وأما قوله من جملة العلة الاحصان قلنا لا ممنوع بل هو شرط العلة فيصير الزنا عنده علة والحكم يضاف الى العلة لا الى الشرط لما عرف في أصول الفقه وأما الرجوع عنه بعد الاقرار فلا نسلم أنه لا يصح الرجوع في قول أبي يوسف رحمه الله ولا يصح في قول زفر رحمه الله وهذا حجة على زفر ولا رواية فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلنا أن نمنع وعدم اشتراط الدعوى يدل على أنه حق الله سبحانه وتعالى لا على انه تضاف اليه العقوبة ألا ترى ان الدعوى ليست بشرط في عتق الامة اجماعا ولا في عتق العبد عند أبي يوسف ومحمد وان كان لا يتقرر تعلق عقوبة به ونحن نسلم ان الاحصان حق الله تعالى في هذا الوقت على ما عرف في الخلافيات ومنها اسلام الشاهد اذا كان المشهود عليه مسلما حتى لا تقبل شهادة الكافر على المسلم لان الشهادة فيها معنى الولاية وهو تنفيذ القول على الغير ولا ولاية للكافر فلا شهادة له عليه وتقبل شهادة المسلم على الكافر لانه من أهل أن يثبت له الولاية على المسلم فعلى الكافر أولى (وأما) اذا كان المشهود عليه كافرا فاسلام الشاهد هل هو شرط لقبول شهادته عليه فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله عنهم ليس بشرط حتى تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض سواء اتفقت مللهم أو اختلفت بعد ان كانوا عدولا في دينهم وقال الشافعي رحمه الله شرط حتى لا تقبل شهادتهم أصلا واحتج بقوله سبحانه وتعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا نفى الله سبحانه وتعالى أن يكون للكافرين على المؤمنين سبيلا وفي قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافرين على المؤمنين لانه يجب على القاضي القضاء بشهادتهم وانه منفي ولان العدالة شرط قبول الشهادة والفسق مانع والكفر رأس الفسق فكان أولى بالمنع من القبول (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم على المسلم شهادة فكذا للذمي على الذمي فظاهره يقتضي أن يكون للذمي على المسلم شهادة كالمسلم الا أن ذلك صار مخصوصا من عموم النص ولان الحاجة مست الى صيانة حقوق أهل الذمة ولا تحصل الصيانة الا وان يكون لبعضهم على بعض شهادة ولا شك أن الحاجة

الى صيانة حقوقهم ماسة لانهم انما قبلوا عقد الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا والدليل على أن الصيانة لا تحصل الا وأن يكون لبعضهم على بعض شهادة لان هذه المعاملات تكثر فيما بينهم والمسلمون لا يحضرون معاقدتهم ليتحملوا حوادثهم فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والانكار فدعت الحاجة الى الصيانة بالشهادة وأما الآية الكريمة فوجوب القضاء لا يثبت بالشهادة وانما يثبت بالتقليد السابق والشهادة شرط الوجوب والحكم لا يثبت بالشرط فلا يكون فى قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافر على المؤمن سواء اتفقت مللهم أو اختلفت فتقبل شهادة النصرانى على اليهودى واليهودى على المجوسى وقال ابن أبى ليلى ان اختلفت لا تقبل وهذا غير سديد لان الكفر وان اختلفت أنواعه صورة فهو ملة واحدة حقيقة فتقبل شهادة بعضهم على بعض كيف ما كان بعد ان يكون الشاهد من أهل دار الاسلام حتى لا تقبل شهادة المستأمن على الذمى لانه ليس من أهل دار الاسلام حقيقة وان كان فيها صورة لانه ما دخل دارنا للسكنى فيها بل ليقضى حوائجه ثم يعود عن قريب فلم يكن من أهل دار الاسلام والذمى من أهل دار الاسلام فاختلفت الداران فلم تقبل شهادة الذمى عليه بالنص الذى روينا وصار حكم المستأمن مع الذمى فى الشهادة كحكم الذمى مع المسلم وشهادة المستأمن تقبل على المستأمن ان اتفقت دارهم ومللهم وان اختلفت لا تقبل ومنها عدم التقادم فى الشهادة على الحدود كلها الا حد القذف حتى لا تقبل الشهادة عليها اذا تقادم العهد الا على حد القذف بخلاف الاقرار لما عرف فى كتاب الحدود والله تعالى أعلم ومنها قيام الرائحة فى الشهادة على شرب الخمر اذا لم يكن سكران ولم يحقق انه من مسيره لا يبقى الريح من المجىء به من مثلها عادة عندهما وعند محمد ليس بشرط وهى من مسائل الحدود ونذكرها هنالك ان شاء الله تعالى (ومنها) الاصالة فى الشهادة على الحدود والقصاص حتى لا تقبل فيها الشهادة بطريق النيابة وهى الشهادة على الشهادة عندنا كذا لا يقبل فيها كتاب القاضى الى القاضى لانه فى معنى الشهادة على الشهادة وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط حتى تقبل فيها الشهادة على الشهادة وأجمعوا على انها ليست بشرط فى الاموال والحقوق المجردة عنها فتقبل فيها الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى الا فى العبد الآبق عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف تقبل فيه أيضاً على ما نذكر فى كتاب أدب القاضى (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان الفروع يؤدون الشهادة نيابة عن الاصول فكانت شهادتهم شهادة الاصول معنى وشهادة الاصول على الحدود والقصاص مقبولة (ولنا) ان الحدود والقصاص مما تدرأ بالشبهات والشهادة على الشهادة لا تخلو عن شبهة ولهذا لا تقبل فيها شهادة النساء لتمكن الشبهة فى شهادتهن بسبب السهو والغفلة بل أولى لان الشبهة هنا تمكنت فى مجلس فكان فيها زيادة ليست فى شهادة الاصول ولان الحدود لما كانت مبنية على الدرء أوجب ذلك اختصاصها بحجج مخصوصة بل ايقاف إقامتها ولهذا شرط عدد الاربعة فى الشهادة على الزنا لان اطلاع أربعة من الرجال الاحرار على غيبوبة ذكره فى فرجها كما يغيب الميل فى المكحلة نادر غاية الندرة ثم نقول الكلام فى الشهادة على الشهادة يقع فى مواضع فى صورة تحمل الشهادة على الشهادة وفى شرائط التحمل وفى صورة أداء الشهادة على الشهادة وفى شرائط الاداء أما صورة التحمل فلها عبارتان مختصرة ومطولة أما اللفظ المختصر فهو ان يقول شاهد الاصل اشهد على شهادتى انى أشهد ان لفلان على فلان كذا أو يقول أشهد ان لفلان على فلان كذا فاشهد على شهادتى بذلك وأما المطول فهو ان يقول شاهد الاصل أشهد ان لفلان على فلان كذا أشهدك على شهادتى هذه وآمرك ان تشهد على شهادتى هذه فاشهد وأما شرائط تحمل هذه الشهادات فما ذكرنا فى عموم الشهادات وأما الذى يختص بها فانواع منها الاشهاد حتى لا يصح التحمل بنفس السماع دون الاشهاد حتى لو قال أشهد ان لفلان على فلان كذا فسمع انسان لكن لم يقل اشهد أنت لم يصح التحمل بخلاف سائر الشهادات انه يصح التحمل فيها بنفس معاينة الفعل وسماع الاقرار والانشاء من غير اشهاد (ووجه) الفرق ان الفروع يشهدون نيابة عن الاصول فلا بد من الانابة منهم وذلك

بالاشهاد بخلاف سائر الشهادات لان تحمل الشاهد في سائرها بطريق الاحالة بنفسه لا بغيره فيصح التحمل فيها بطريق المعاينة ومنها الاشهاد على شهادته حتى لو قال اشهد بمثل ماشهدت أوكما شهدت أو على ماشهدت لا يصح التحمل مالم يقل على شهادتى لان معنى التحمل والانابة لايحصل الا بالاشهاد على شهادته ومنها عدد التحمل وهو ان يتحمل من كل واحد من شاهدى الاصل اثنان حتى لو تحمل من أحدهما واحد وتحمل من الآخر واحد لا يصح التحمل لان الشهادة حق ثابت فى ذمة الشاهد والحقوق الثابتة فى الذمم لا ينقلها الى القاضى الا شاهدان ولو تحمل اثنان من أحدهما شهادته ثم تحملا من الآخر شهادته جاز التحمل لانه اجتمع على التحمل من كل واحد منهما شاهدان فاما الذكورة فى تحمل هذه الشهادة فليست بشرط حتى يصح التحمل فيهما من النساء (وأما) صورة أداء هذه الشهادة فلها لفظان أيضاً مختصر ومطول فالمختصر ان يقول شهد فلان عندى ان لفلان على فلان كذا وأشهدنى على شهادته بذلك فانا أشهد على شهادته بذلك وأما المطول فهو ان يقول شهد عندى فلان ان لفلان على فلان كذا وأشهدنى على شهادته بذلك وأمرنى ان أشهد على شهادته بذلك وأنا أشهد الآن على شهادته بذلك ولو لم يقل وأمرنى ان أشهد على شهادته بذلك جاز لان معنى التحمل والانابة يتأدى بقوله أشهدنى على شهادته فكان قوله أمرنى بذلك من باب التأكيد وأما شرائطها فما ذكرناه كسائر الشهادات والذى يختص بهذه الشهادة ان يكون المشهود عليه ميتاً أو غائبا مسيرة سفر او مريضا لا يستطيع يحضر مجلس القضاء لان جواز هذه الشهادة للحاجة والضرورة ولا تتحقق الضرورة الا فى هذه المواضع وأما الذكورة فليست بشرط لاداء هذه الشهادة فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقوله تبارك وتعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فظاهر النص يقتضى ان يكون للنساء مع الرجال شهادة على الاطلاق من غير فصل الا ماقيد بدليل ولان قضية القياس ان لا تشترط الذكورة والاصل فى عموم الشهادات الا ان اشتراط الذكورة فى شهادة الاصول على الحدود والقصاص ثبت بنص خاص وهو حديث الزهرى رحمه الله لتمكن شبهة فى شهادتهن ليست فى شهادة الرجال واشتراط الاصالة فى الشهادة لتمكن زيادة شبهة فى شهادة الفروع ليست فى شهادة الاصول وهو الشبهة فى الشهادتين على ماذكرنا فشرط ذلك احتيالا للدرء ماندرئ بالشبهات والاموال والحقوق مما ثبت بالشبهة فثبتت على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة فالذى يلزمه أداء الشهادة لله سبحانه وتعالى فيما سوى أسباب الحدود لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عز شأنه كونوا قوامين بالقسط شهداء لله الا ان فى الشهادة القائمة على حقوق العباد وأسبابها لا بد من طلب المشهود له لوجوب الاداء فاذا طلب وجب عليه الاداء حتى لو امتنع بعد الطلب يأثم لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا مادعوا أى دعوا لاداء الشهادة لان الشهادة أمانة المشهود له فى ذمة الشاهد وقال سبحانه وتعالى وليؤد الذى أوتمن أمانته وقال تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها وأما فى حقوق الله تبارك وتعالى وفيما سوى أسباب الحدود نحو طلاق امرأة واعتاق عبد والظهار والايلاء ونحوها من أسباب الحرمات تلزمه الاقامة حسبة لله تبارك وتعالى عند الحاجة الى الاقامة من غير طلب من أحد من العباد وأما فى أسباب الحدود من الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف فهو مخير بين ان يشهد حسبة لله تعالى وبين ان يستر لان كل واحد منهما أمر مندوب اليه قال الله تبارك وتعالى وأقيموا الشهادة لله وقال عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة وقد ندب الشرع الى كل واحد منهما ان شاء اختار جهة الحسبة فاقامها لله تعالى وان شاء اختار جهة الستر فيستر على أخيه المسلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الشهادة فحكمها وجوب القضاء على القاضى لان الشهادة عند استجماع شرائطها مظهرة للحق والقاضى مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق وثبوت مايترتب عليها من الاحكام

﴿ كتاب ﴾

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى موضع واحد وهو بيان حكم الرجوع عن الشهادة فنقول وبالله التوفيق الرجوع عن الشهادة يتعلق به حكمان أحدهما يرجع الى مال الشاهد والثانى يرجع الى نفسه أما الذى يرجع الى ماله فهو وجوب الضمان والكلام فيه فى ثلاثة مواضع فى بيان سبب وجوب الضمان وفى بيان شرائط الوجوب وفى بيان مقدار الواجب اما الاول فسبب وجوب الضمان فى هذا الباب إتلاف المال أو النفس بالشهادة لان الضمان فى الشرع انما يجب اما بالالتزام أو بالاتلاف ولم يوجد الالتزام فيتعين الاتلاف فيها سبباً لوجوب الضمان فان وقعت اتلافا انعقدت سبباً لوجوب الضمان والا فلا وعلى هذا يخرج ما إذا شهدا على رجل بالف وقضى القاضى بشهادتهما ثم رجعا انهما يضمنان الالف لانهما لما رجعا عن شهادتهما بعد القضاء تبين ان شهادتهما وقعت سبباً الى الاتلاف فى حق المشهود عليه والتسبب الى الاتلاف بمنزلة المباشرة فى حق سببية وجوب الضمان كالاكراه على اتلاف المال وحفر البئر على قارعة الطريق ونحوه (فان قيل) لما رجعا عن شهادتهما تبين ان قضاء القاضى لم يصح فتبين ان المدعى أخذ المال بغير حق فلم لا يرده الى المشهود عليه قيل له انه بالرجوع لم يتبين بطلان القضاء لان الشاهد غير مصدق فى الرجوع فى حق القاضى والمشهود له لوجهين الاول أن الرجوع يحتمل الصدق والكذب والقضاء بالحق للمشهود به نفذ بدليل من حيث الظاهر وهو الشهادة الصادقة عند القاضى فلا ينتقض الثابت ظاهرا بالشك والاحتمال فبقى القضاء ماضيا على الصحة والمدعى فى يد المدعى كما كان والثانى أن الشاهد فى الرجوع عن شهادته متهم فى حق المشهود له لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعى فى دعواه فلم يصدق فى الرجوع فى حق المشهود له للتهمة اذ التهمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عن الشهادة فلم يصح الرجوع فى حقه فلم ينقض القضاء ولا يسترد المدعى من يده ومعنى التهمة لا يتوهم فى المشهود عليه فصح الرجوع فى حقه الا أنه لا يمكن اظهار الصحة فى نقض القضاء والتوصل الى عين المشهود به فيظهر فى التوصل الى بدله رعاية للجوانب كلها واذا رجعا قبل القضاء لا يضمنان لان الشهادة لا تصير حجة الا بالقضاء فلا تقع تسبيبا الى الاتلاف بدونه وعلى هذا اذا شهدا على رجل أنه طلق امرأته فقضى القاضى بشهادتهما ثم رجعا ان كان الطلاق بعد الدخول بان كان الزوج مقرا بالدخول لا ضمان عليهما لانعدام الاتلاف لان المهر يجب بنفس العقد و يتأكد بالدخول لا بشهادتهما فلم تقع شهادتهما اتلافا فلم يجب الضمان وان كان الطلاق قبل الدخول فقضى القاضى بنصف المهر بان كان المهر مسمى أو بالمتعة بان لم يكن المهر مسمى ثم رجعا ضمنا ذلك للزوج لان شهادتهما وان لم توجب على الزوج شيأ من المهر لكنها أكدت الواجب لان الواجب قبل الدخول كان محتملا للسقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها و بشهادتهما بالطلاق تأكد الواجب عليه على وجه لا يحتمل السقوط بعده أصلا فصارت شهادتهما مؤكدة للواجب والمؤكد للواجب بمنزلة الواجب فى الشرع كالمحرم اذا أخذ صيدا فذبحه رجل فى يده يجب الجزاء على الآخذ و يرجع الآخذ بذلك على القاتل لوقوع القتل منه تأكيدا للجزاء الواجب على المحرم اذ لولا ذبحه لاحتمل السقوط بالارسال فهو بالذبح أكد الواجب عليه فنزل المؤكد منه منزلة الواجب كذا هذا وعلى هذا اذا شهدا على رجل أنه أعتق عبدا أو أمة له وهو ينكر فقضى القاضى ثم رجعا يضمنان قيمة العبد أو الامة لمولاه لانهما بشهادتهما أتلفا عليه مالية العبد أو الامة فيضمنان و يكون ولاؤه للمولى لان الاعتاق نفذ عليه والولاء لمن أعتق فان قيل هذا اتلاف بعوض وهو الولاء فلا يوجب الضمان قيل له الولاء لا يصلح عوضا لانه ليس بمال وانما هو من أسباب الارث فكان هذا اتلافا بغير عوض فيوجب الضمان ولو شهدا على اقرار المولى أن هذه الامة ولدت منه وهو منكر فقضى القاضى بذلك ثم رجعا فنقول هذا فى الاصل لا يخلو من

أحد وجهين اما أن لم يكن معها ولد واما أن كان معها ولد وكل ذلك لا يخلو اما أن رجعا فى حال حياة المولى واما أن رجعا بعد وفاته اما اذا لم يكن معها ولد ورجعا فى حال حياة المولى يضمنان للمولى نقصان قيمتها فتقوم أمة قناً وتقوم أم ولد لو جاز بيعها فيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه بشهادتهما هذا القدر حال حياته فيضمنانه فاذا مات المولى عتقت الجارية لأنها أم ولده وأم الولد تعتق بموت سيدها ويضمنان بقية قيمتها للورثة لانهما أتلفا بشهادتهما كل الجارية لكن بعضها فى حال الحياة والباقى بعد الوفاة فيضمنان كذلك وان كان معها ولد ورجعا فى حال حياة المولى فانهما يضمنان قيمة الولد لانهما أتلفاه عليه ألا ترى أنه لولا شهادتهما لكان الولد عبدا له فهما بشهادتهما أتلفاه عليه فعليهما الضمان وعليهما ضمان نقصان قيمة الام أيضا لما قلنا فاذا مات المولى بعد ذلك لم يكن مع الولد شريك فى الميراث فلا يضمنان له شيأ ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان فى زعم الولد ان رجوعهما باطل وأن ما أخذ الاب منهما أخذه بغير حق فصار مضمونا عليه فيؤدى من تركته ان كانت له تركة وان لم يكن له تركة فلا ضمان على الولد لان من أقر على مورثه بدين وليس للميت تركة لا يؤخذ من مال الوارث وان كان معه أخ فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتها لانهما أتلفا عليه ذلك القدر ويرجعان على الولد بما أخذه الاب منهما لما قلنا ولا يرجعان بما قبض الاخ لان الاخ ظلم عليهما فى زعمهما فليس لهما أن يظلما عليه ولا ضمان للاخ ما أخذ هذا من الميراث لانهما ما أتلفا عليه الميراث لما نذكر ان شاء الله تعالى هذا اذا كان الرجوع فى حال حياة المولى فاما اذا كان بعد وفاته فان لم يكن مع الولد شريك فى الميراث فلا ضمان عليهما لان الولد يكذبهما فى الرجوع وان كان معه شريك فى الميراث فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتها لما قلنا ويضمنان للاخ نصف قيمة الولد لانهما أتلفا عليه نصف الولد ولا يضمنان له ما أخذ هذا الولد من الميراث لما قلنا ولا يرجعان على الولد ههنا لان هذا ظلم للاخ فى زعمهما فليس لهما أن يظلما الولد هذا اذا كانت الشهادة فى حال حياة المولى والرجوع عليه فى حال حياته أو بعد وفاته فاما اذا كانت الشهادة بعد وفاته بأن مات رجل وترك ابنا وعبدا وأمة وتركة فشهد شاهدان أن هذا العبد ولدته هذه الامة من الميت وصدقهما الولد والامة وأنكر الابن فقضى القاضى بذلك وجعل الميراث بينهما ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والامة ونصف الميراث للابن فرق بين حال الحياة وبين حال الممات فان هناك لا يضمنان الميراث ووجه الفرق أن الشهادة بالنسب حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لا محالة لانه يجوز فيه التقدم والتأخر فمن الجائز أن يموت الاب أولا فيرثه الابن كما يجوز أن يموت الابن أولا ويرثه الاب فلم تكن الشهادة بالنسب شهادة بالمال والميراث لا محالة فلا تتحقق الشهادة اتلافا للمال فلا يضمنان بخلاف الشهادة بعد الموت فانها شهادة بالمال لا محالة فقد أتلفا عليه نصف الميراث فيضمنان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدا أنه دبر عبده فقضى القاضى بذلك ثم رجعا يضمنان للمولى نقصان التدبير فيقوم قناً ويقوم مدبراً فيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه حال حياته بشهادتهما هذا القدر فيضمنانه فاذا مات المولى بعد ذلك عتق العبد كله ان كان يخرج من الثلث ولا سعاية عليه لانه مدبره ويضمنان للورثة بقية قيمته عبدا لانهما أتلفا بشهادتهما بقية ماليته بعد موته لان التدبير اعتاق بعد الموت ولو لم يكن له مال سوى المدبر عتق عليه مجانا لان التدبير وصية فيعتبر بسائر الوصايا ويسعى فى ثلثى قيمته عبدا قنا للورثة لان الوصية فيما زاد على الثلث لا تنفذ من غير اجازة الورثة ويضمن الشاهدان للورثة ثلث قيمته لانهما أتلفا عليه بشهادتهما ثلث العبد هذا اذا كانت السعاية تخرج من ثلث العبد فان كانت لا تخرج بأن كان معسرا فانهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ثم يرجعان على العبد بثلثى قيمته اذا أيسر ولو شهدا أنه قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر وشهد آخران بالدخول ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين لان العتق ثبت بقوله أنت حر وانما الدخول شرط والحكم يضاف الى العتق لا الى الشرط فكان التلف حاصلا بشهادتهما فكان الضمان عليهما وكذلك اذا شهدا انه قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق وشهد آخران بالدخول ثم رجعوا لما قلنا وكذلك لو شهدا على رجل

بالزنا وشهد آخران بالاحصان ثم رجعوا فالضمان على شهود الزنا لا على شهود الاحصان لان الاحصان شرط ولو شهدا انه قتل فلانا خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا الدية لانهما اتلفاها عليه وتكون في مالهما لان الشهادة منهما بمنزلة الاقرار منهما بالاتلاف والعاقلة لا تعقل الاقرار كما لو أقرا صريحا ولهذا لو رجعا في حال المرض اعتبر اقرارا بالدين حتى يقدم عليه دين الصحة كما في سائر الاقارير وكذا لو شهدا انه قطع يد فلان خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا دية اليد لما قلنا وكذا لو شهدا عليه بالسرقه فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم رجعا فقد روى أن شاهدين شهدا عند سيدنا على كرم الله وجهه على رجل بالسرقة فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم جاء الشاهدان بآخر فقالا أوهمنا أن السارق هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضى الله عنه لا أصدقكما على هذا وأغرمكما دية يد الاول ولو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا ولو شهدا انه قتل فلانا عمدا فقضى القاضي وقتل ثم رجعا فعليهما الدية عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليهما القصاص وعلى هذا الخلاف اذا شهدا انه قطع يد فلان (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان شهادتهما وقعت قتلا تسبيبا لانها تفضى الى وجوب القصاص وانه يفضى الى القتل فكانت شهادتهما تسبيبا الى القتل والتسبيب في باب القصاص في معنى المباشرة كالاكراه على القتل (ولنا) أن نسلم أن الشهادة وقعت تسبيبا الى القتل لكن وجوب القصاص يتعلق بالقتل مباشرة لا تسبيبا لان ضمان العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل شرعا ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل تسبيبا بخلاف الاكراه على القتل لان القاتل هو المكره مباشرة لكن بيد المكره وهو كالآلة والفعل لمستعمل الآلة لا للآلة على ما عرف على أن ذلك وان كان قتلا تسبيبا فهو مخصوص عن نصوص المماثلة فمن ادعى تخصيص الفرع يحتاج الى الدليل وعلى هذا يخرج ما اذا شهدا على ولى القتيل أنه عفا عن القتل وقضى القاضي ثم رجعا انه لا ضمان عليهما في ظاهر الرواية لانه لم يوجد منهما اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهما قامت على العفو عن القصاص والقصاص ليس بمال ألا ترى أنه لو أكره رجلا على العفو عن القصاص فعفا لا يضمن المكره ولو كان القصاص مالا يضمن لان المكره يضمن بالاكراه على اتلاف المال وكذا من وجب له القصاص وهو مريض فعفا ثم مات في مرضه ذلك لا يعتبر من الثلث ولو كان مالا اعتبر من الثلث كما اذا تبرع في مرضه وعن أبي يوسف رحمه الله أنهما يضمنان الدية لولى القتيل لان شهادتهما اتلاف للنفس لان نفس القاتل تصير مملوكة لولى القتيل في حق القصاص فقد اتلفا بشهادتهما على المولى نفسا تساوى ألف دينار أو عشرة آلاف درهم فيضمنان وهذا غير سديد لانا لا نسلم أن نفس القاتل تصير مملوكة لولى القتيل بل الثابت له ملك الفعل لا ملك المحل لان في المحل ما ينافي الملك لما علم في مسائل القصاص فلم تقع شهادتهما اتلاف النفس ولا اتلاف المال فلا يضمنان ولو شهدا أن هذا الغلام ابن هذا الرجل والاب يجحده فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا لا يبطل النسب ولا ضمان على الشاهدين لانعدام اتلاف المال منهما (وأما) شرائط الوجوب فانواع منها أن يكون الرجوع بعد القضاء فان كان قبله لا يجب الضمان لما ذكرنا أن الركن في وجوب الضمان بالشهادة وقوع الشهادة اتلافا ولا تصير اتلافا الا اذا صارت حجة ولا تصير حجة الا بالقضاء فلا تصير اتلافا الا به (ومنها) مجلس القضاء فلا عبرة بالرجوع عند غير القاضي كما لا عبرة بالشهادة عند غيره حتى لو أقام المدعى عليه البينة على رجوعهما لا تقبل بينته وكذا لا يمين عليهما اذا أنكر الرجوع الا اذا حكيا عند القاضي رجوعهما عند غيره فيعتبر رجوعهما لان ذلك بمنزلة انشاء رجوعهما عند القاضي فكان معتبرا (ومنها) أن يكون المتلف بالشهادة عين مال حتى لو كان منفعة لا يجب الضمان لان الاصل ان المنافع غير مضمونة بالاتلاف عندنا وعلى هذا يخرج ما اذا شهدا أنه تزوج هذه المرأة بالف درهم ومهر مثلها ألفان وهى تنكر فقضى القاضي بالنكاح بالف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيأ لانهما اتلفا عليها منفعة البضع والمنفعة ليست بعين مال حقيقة وانما يعطى لها حكم الاموال بعارض عقد الاجارة وكذا لو ادعت امرأة على رجل أنه طلقها على ألف درهم والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنا للزوج شيأ لانهما بشهادتهما

اتلفا على الزوج المنفعة لا عين المال وعلى هــذا لو ادعى رجل أنه استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجر مثلها مائة درهم والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضى ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيأ لانهما بشهادتهما اتلفا المنفعة لا عين المال (ومنها) أن يكون اتلاف المال بغير عوض فان كان بعوض لا يجب الضمان سواء كان العوض عين مال أو منفعة لها حكم عين المال لان الاتلاف بعوض يكون اتلافا صورة لا معنى وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى رجل على رجل أنه باع عبده منه بألف درهم والمشترى ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضى ثم رجعا انه ينظر ان كانت قيمة العبد ألفا أو أكثر فلا ضمان عليهما للمشترى لان شهادتهما وقعت اتلافا بعوض فلا يكون اتلافا معنى فلا يوجب الضمان وان كانت قيمته أقل من ألف يضمنان الزيادة له لوقوع الشهادة اتلافا بقدر الزيادة ولو كانت الدعوى من المشترى والمسئلة بحالها ان كانت قيمته مثل الثمن المذكور أو أقل لا ضمان على الشاهدين للبائع لما قلنا وان كانت قيمته أكثر من ألف يضمنان الزيادة للبائع لان شهادتهما وقعت اتلافا بغير الزيادة وعلى هــذا يخرج ما اذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها على ألف درهم والرجل ينكر فشهد لها شاهدان بذلك وقضى القاضى بالنكاح بالف ثم رجعا أنه ينظر ان كان مهر مثلها ألفا أو أكثر من ذلك لم يضمنا للزوج شيأ وان اتلفا عليه عين المال لانهما اتلفاها بعوض له حكم عين المال وهو البضع لانه يعتبر مالا حال دخوله فى ملك الزوج بدليل أن الاب يملك أن يزوج من ابنــه امرأة ولو لم يعتبر البضــع مالا حال دخوله فى ملك الزوج لما ملك لان الاب لا يملك على ابنــه معاوضــة مال بما ليس بمال وكذلك المريض اذا تزوج امرأة على ألف درهم وذلك مهر مثلها لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم يكن البضــع فى حكم المال فى حال الدخول فى ملك الزوج لاعتبر من الثلث كالتبرع دل ان البضع يعتبــر مالا فى حق الزوج حال دخوله فى ملكه فكان الاتلاف بعوض هو فى حكم عــين المال فلا يكون اتلافا معــنى وان كان مهر مثلها أقــل من ألف درهم يضمنان الزيادة على مهر المثل للزوج لانهما أتلفا الزيادة عليه من غير عوض أصلا وهذا بخلاف ما اذا ادعى رجــل على امرأة انه طلقها بألف درهم والمرأة تنكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضى عليها بألف درهم ثم رجعا انهــما يضمنان للمرأة ألف درهم لانهما أتلفا عليها عين المال بغــير عوض أصلا لان البضع حال خروجــه عن ملك الزوج لا يعتبر مالا بدليل أن الاب لا يملك أن يخلع من ابنتــه الصغيرة على مال ولو فعل وأدى من مالها يضــمن ولو كان مالا لملك لانه يملك عليها معاوضة مال بمال وكذلك المريضة اذا اختلعت من نفسها حال مرضها على مال يعتبر من الثلث كالوصية ولو كان له حكم المال لاعتــبر من جميع المال كما فى سائر معاوضات المال بالمال واذا لم يكن له حكم المال حال الخروج عن ملك الزوج حصلت شهادتهما اتلافا عليهما من عوض أصلا فيجب الضمان وعلى هــذا يخرج ما اذا ادعى رجل أنه آجر داره من فلان شهراً بعشرة دراهم والمستــأجر ينكر فشهد شاهــدان بذلك وقضى القاضى ثم رجعا فاما ان كان فى أول المدة ينظر ان كان أجرة الدار مثل المسمى لا ضمان عليهما للمستــأجر ولو أتلفا عليه عــين مال لكن بعوض له حكم عين المال وهو المنفعة لان المنفعة فى باب الاجارة لها حكم عين المال وان كانت أجرة مثلها أقل من المسمى فانهما يضمنان الزيادة لان التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض أصــلا وان كانت الدعوى بعــد مضى مدة الاجارة فعليهما ضمان الاجرة لانهما أتلفا عليه من غير عوض أصلا فكان مضمونا عليهما وعلى هذا يخرج ما اذا شهد شاهدان على القاتل انه صالح ولى القتيل على مال والقاتل ينكر فقضى القاضى بذلك ثم رجعا انهما لا يضمنان شيأ للقاتل لانهما أتلفا عليه عين مال بعوض وهو النفس لان النفس تصلح أن تكون عوضا بدليل أن المريض وجب عليه القصاص فصالح الولى على الدية جاز ولا تعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم تصلح النفس عوضاً لاعتــبر من الثلث دل ان هذا اتلاف بعوض فــلا يوجب الضمان الا اذا شهدا على الصلح بأكثر من الدية فيضــمنان الزيادة على الدية للقاتل لان تلف الزيادة حصــل بغير عوض ويمكن تخريج هذه المسائل على فصــل التسبب لان ما قابله عوض لا يكون اتلافا معنى فلم يوجــد سبب وجوب الضمان فلا يجب فافهم ذلك ويســتوى فى وجوب الضمان الرجوع

عن

عن الشهادة والرجوع على الشهادة حتى لو رجعت الفروع وثبت الاصول يجب الضمان على الفروع لوجود الاتلاف منهم لوجود الشهادة منهم حقيقة ولو رجع الاصول وثبت الفروع فلا ضمان على الفروع لانعدام الرجوع منهم وهل يجب الضمان على الاصول قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يجب وقال محمد يجب (وجه) قوله أن الفروع لا يشهدون بشهادة أنفسهم وانما يفعلون بشهادة الاصول فاذا شهدوا فقد أظهروا شهادتهم فكأنهم حضروا بأنفسهم وشهدوا ثم رجعوا (وجه) قولهما أن الشهادة وجدت من الفروع لا من الاصول لعدم الشهادة حقيقة فانهم لم يشهدوا حقيقة وانما شهد الفروع وهم ثابتون على شهادتهم فلم يوجد الاتلاف من الاصول لعدم الشهادة منهم حقيقة فلا يضمنون وعلى هذا اذا رجعوا جميعا فالضمان على الفروع عندهما ولا شئ على الاصول لوجود الشهادة من الفروع حقيقة لا من الاصول وعنده المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الفروع وان شاء ضمن الاصول لوجود الشهادة من الفريقين ولو لم يرجع أحد من الفريقين ولكن الاصول أنكروا الاشهاد فلا ضمان على أحد لانعدام الرجوع عن الشهادة ويستوى في وجوب ضمان الرجوع رجوع الشهود والمزكين عند أبي حنيفة حتى ان المزكين لو زكوا الشهود فشهدوا وقضى القاضي بشهادتهم ثم رجع المزكون ضمنوا عنده وعندهما رجوع المزكين لا يوجب الضمان وجه قولهما ان رجوع المزكين بمنزلة رجوع شهود الاحصان لان التزكية ليست الا بناء عن الشهود كالشهادة على الصفات التي هي خصال حميدة ثم الرجوع عن الشهادة على الاحصان لا يوجب الضمان كذا هذا ولابي حنيفة أن التزكية في معنى الشهادة في وجوب الضمان لان الرجوع عن الشهادة انما يوجب الضمان لوقوعه اتلافا وانما يصير اتلافا بالتزكية ألا ترى أنه لولا التزكية لما وجب القضاء فكانت الشهادة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فكانت اتلافا بخلاف الشهادة على الاحصان لان الاحصان شرط كون الزنا علة والحكم للعلة لا للشرط وأما بيان مقدار الواجب من الضمان فالاصل أن مقدار الواجب منه على قدر الاتلاف لان سبب الوجوب هو الاتلاف والحكم يتقدر بقدر العلة والعبرة فيه لبقاء من بقي من الشهود بعد رجوع من رجع منهم فان بقي منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لانعدام الاتلاف أصلا من أحد وان بقي منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراجعين ضمان قدر التالف بالحصص فنقول بيان هذه الجملة اذا شهد رجلان بمال ثم رجع أحدهما عليه نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الباقي ولو كانت الشهود أربعة فرجع واحد منهم لا ضمان عليه وكذا اذا رجع اثنان لان الاثنين يحفظان المال ولو رجع منهم ثلاثة فعليهم نصف المال لان النصف عندنا بشهادة شاهد واحد ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجع الرجل غرم نصف المال لان النصف بقي بثبات المرأتين ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين لبقاء النصف بثبات الرجل ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة أرباع المال نصفه على الرجل وربعه على المرأة لان الباقي ببقاء امرأة واحدة الربع فكان التالف بشهادة الرجل والمرأة ثلاثة الارباع والرجل ضعف المرأة فكان عليها الربع وعلى الرجل النصف ولو رجعوا جميعا فنصف المال على الرجل والنصف على المرأتين بينهما نصفان ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين ولا شئ على المرأة لان المرأة الواحدة في الشهادة وجودها وعدمها بمنزلة واحدة لان القاضي لا يقضي بشهادتها ولو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعت المرأتان فلا ضمان عليهما لان الحق يبقى محفوظا بالرجلين ولو رجع الرجلان يضمنان نصف المال لان المرأتين يحفظان النصف ولو رجع رجل واحد لا شيء عليه لان رجلا وامرأتين يحفظون جميع المال ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ربع المال بينهما أثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لانه بقي ثلاثة الارباع ببقاء رجل وامرأتين فكان التالف بشهادة رجل وامرأة الربع والرجل ضعف المرأة فكان بينهم أثلاثا ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم أثلاث أيضا ثلثاه على الرجلين وثلثه على المرأتين لما ذكرنا أن الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ما تلف بشهادتها ولو شهد رجل وعشرة

نسوة ثم رجعوا جميعا فالضمان بينهم أسداس سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا قول أبي حنيفة فاما عندهما فالضمان بينهم نصفان نصفه على الرجل ونصفه على النسوة وجه قولهما أن النساء وأن كثرن فلهن شطر الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال والنصف بشهادة الرجل فكان الضمان بينهما انصافا ولابي حنيفة أن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم أسداسا ولو رجع الرجل وحده ضمن نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة النساء وكذا لو رجعت النسوة غرمن نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الرجل هذان الفصلان يؤيدان قولهما في الظاهر ولو رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لان الحق بقي محفوظا برجل وامرأتين ولو رجعت امرأة بعد ذلك فعليها وعلى الثمان ربع المال لانه بقي بثبات رجل وامرأة ثلاثة ارباع المال فكان التالف بشهادتهن الربع ولو رجع رجل وامرأة فعليهما نصف المال اثلاثا ثلثاه على الرجل والثلث على المرأة لان تسع نسوة يحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامرأة النصف والرجل ضعف المرأة فكان بينهما اثلاثا ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة فعلى الرجل نصف المال ولا شيء على المرأة في قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه نصف المال يكون عليهما أثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اخماس عند أبي حنيفة خمساه على الرجل وثلاثة اخماسه على النسوة لان الرجل ضعف المرأة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المرأة لما ذكرنا أن لهن شطر الشهادة وان كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا شهد شاهدان انه طلق امرأته ثلاثا والزوج ينكر وشهد شاهدان بالدخول فقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا فالضمان عليهم أرباع على شاهدي الطلاق الربع لان شاهدي الدخول شهدا بكل المهر لان كل المهر يتأكد بالدخول وللمؤكد حكم الموجب على ما مر وشاهدي الطلاق شهدا بالنصف لان نصف المهر يتأكد بالطلاق على ماذكرنا والمؤكد للواجب في معنى الواجب فشاهدا الدخول انفردا بنصف المهر والنصف الآخر اشترك فيه الشهود كلهم فكان نصف النصف وهو الربع على شاهدي الطلاق وثلاثة الارباع على شاهدي الدخول فاما الذي يرجع الى نفسه فنوعان أحدهما وجوب الحد لكن في شهادة مخصوصة وهي الشهادة القائمة على الزنا وجملة الكلام فيه ان الرجوع عن الشهادة بالزنا اما أن يكون من جميع الشهود واما أن يكون من بعضهم دون بعض فان رجعوا جميعا يحدون حد القذف سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء أما قبل القضاء فلان كلامهم قبل القضاء انعقد قذفا لا شهادة الا أنه لا يقام الحد عليهم للحال لاحتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء فاذا رجعوا فقد زال الاحتمال فبقي قذفا فيوجب الحد بالنص وأما بعد القضاء فلان كلامهم وان صار شهادة باتصال القضاء به فقد انقلب قذفاً بالرجوع فصاروا بالرجوع قذفة فيحدون ولو رجعوا بعد القضاء والامضاء فلا خلاف في أنهم يحدون اذا كان الحد جلدا او ان كان رجما فكذلك عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا حد عليهم وجه قوله انهم لما رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن كلامهم وقع قذفاً من حين وجوده فصار كما لو قذفوا ميتا ثم مات المقذوف وحد القذف لا يورث بلا خلاف بين أصحابنا فيسقط (ولنا) أن بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قذفا من حين وجوده وانما يصير قذفا وقت الرجوع والمقذوف وقت الرجوع ميت فصار قذفا بعد الموت فيجب الحد هذا حكم الحد واما حكم الضمان فاما قبل الامضاء لا ضمان أصلا لعدم الاتلاف أصلا وأما بعد الامضاء فان كان الحد رجماً ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم اتلافا أو اقرارا بالاتلاف وان كان الحد جلدا فليس عليهم ارش الجلدات اذا لم يمت منها ولا الدية ان مات منها عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمنون وجه قولهما أن شهادتهم وقعت اتلافا بطريق التسبيب لانها تفضي الى القضاء والقضاء يفضي الى اقامة الجلدات وانها تفضي الى التلف فكان التلف بهذه الوسائط مضافا الى الشهادة فكانت اتلافا تسبيباً ولهذا لو شهدوا بالقصاص أو بالمال ثم رجعوا اوجبت عليهم الدية والضمان كذا هذا ولأبي حنيفة عليه

الرحمة أن الاثر حصل مضافا الى الضرب دون الشهادتين لوجهين أحدهما أن الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح لان الضرب الجارح غير مستحق فى الجلد فلا يكون الجرح مضافا الى شهادتهم والثانى أن الضرب مباشرة الاتلاف والشهادة تسبيب اليه واضافة الاثر الى المباشرة أولى من اضافته الى التسبيب الا انه لا ضمان على بيت المال لان هذا ليس خطأ من القاضى ليكون عطاؤه فى بيت المال لنوع تقصير منه ولا تقصير من جهته ههنا فلا شئ على بيت المال هذا اذا رجعوا جميعا فاما اذا رجع واحد منهم فان كان قبل القضاء يحدون جميعا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يحد الراجع خاصة وجه قوله ان كلامهم وقع شهادة قذفا لكمال نصاب الشهادة وهو عدد الاربعة وانما ينقلب قذفا بالرجوع ولم يوجد الا من أحدهم فينقلب كلامه قذفا خاصة بخلاف ما اذا شهد ثلاثة بالزنا انهم يحدون لان هناك نصاب الشهادة لم يكمل فوقع كلامهم من الابتداء قذفا (ولنا) ان كلامهم لا يصير شهادة الا بقرينة القضاء ألا ترى انها لا تصير حجة الا به فقبله يكون قذفا لا شهادة فكان ينبغى أن يقام الحد عليهم بالنص لوجود الرمى منهم الا انه لا يقام لاحتمال ان يصير شهادة بقرينة القضاء ولئلا يؤدى الى سد باب الشهادة فاذا رجع أحدهم زال هذا المعنى فبقى كلامهم قذفا فيحدون وصار كما لو كان الشهود من الابتداء ثلاثة فانهم يحدون لوقوع كلامهم قذفا كذا هذا وان كان بعد القضاء قبل الامضاء فانهم يحدون جميعا عندهما وعند محمد الراجع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة لاتصال القضاء به فلا ينقلب قذفا الا بالرجوع ولم يرجع الا واحد منهم فينقلب كلامه خاصة قذفا فلم يصح رجوعه فى حق الباقين فبقى كلامهم شهادة فلا يحدون ولهما أن الامضاء فى باب الحدود من القضاء بدليل ان عمى الشهود أو ردتهم قبل القضاء كما يمنع من القضاء فبعده يمنع من الامضاء فكان رجوعه قبل الامضاء بمنزلة رجوعه قبل القضاء ولو رجع قبل القضاء يحدون جميعا بلا خلاف بين أصحابنا الثلاثة كذا اذا رجع بعد القضاء قبل الامضاء وان كان بعد الامضاء فان كان الحد جلدا يحد الراجع خاصة بالاجماع لان رجوعه صحيح فى حقه خاصة لا فى حق الباقين فانقلبت شهادته خاصة قذفا فيحد خاصة وان كان الحد رجما ومات المقذوف يحد الراجع عند أصحابنا خلافا لزفر وقدمرت المسئلة هذا حكم الحد فاما حكم الضمان فلا ضمان اذا كان رجوعه قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء لما قلنا وأما بعد الامضاء فان كان الحد جلدا فلا شئ على الراجع من ارش السياط ولا من الدية ان مات عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجب وان كان رجما غرم الراجع ربع الدية لان الثلاثة يحفظون ثلاثة ارباع الدية فكان التالف بشهادته الربع هذا اذا كان شهود الزنا أربعة فاما اذا كانوا خمسة فرجع واحد منهم فان القاضى يقيم الحد على المشهود عليه بما بقى من الشهود لان الاربعة نصاب تام يحفظون الحد على المشهود عليه وان أمضى الحد ثم رجع اثنان ضمنا ربع الدية ان مات المرجوم لان الثلاثة قاموا بثلاثة أرباع الحق فكان التالف بشهادتهما الربع فيضمنانه وان لم يمت فليس عليهما أرش للضرب عند أبى حنيفة وعندهما يجب وقد تقدمت المسئلة والثانى وجوب التعزير فى عموم الشهادات سوى الشهادة على الزنا بأن تعمد شهادة الزور وظهر عند القاضى باقراره لان قول الزور جناية ليس فيها فيما سوى القذف حد مقدر فتوجب التعزير بلا خلاف بين أصحابنا وانما اختلفوا فى كيفية التعزير قال أبو حنيفة عليه الرحمة تعزيره تشهيره فينادى عليه فى سوقه أو مسجد حيه ويحذر الناس منه فيقال هذا شاهد الزور فاحذروه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضم اليه ضرب أسواط هذا اذا تاب فأما اذا لم يتب وأصر على ذلك بأن قال انى شهدت بالزور وأنا على ذلك قائم فانه يعزر بالضرب بالاجماع احتجا بما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه ولان قول الزور من أكبر الكبائر وليس اليه فيما سوى القذف بالزنا حد مقدر فيحتاج الى أبلغ الزواجر ولابى حنيفة رحمه الله ماروى ان شريحا كان يشهر شاهد الزور ولا يعزره وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم رضوان الله تعالى عليهم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر ولان الكلام فيمن أقرانه

شهد بزورنادما على مافعل لا مصراً عليه والندم توبة على لسان رسول الله
صلى الله عليه وسلم والتائب لا يستوجب الضرب حتى لو كان
مصراً على ذلك يضرب وفعل سيدنا عمر رضى الله عنه
محمول عليه توفيقا بين الدلائل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ تم الجزء السادس ويليه الجزء السابع وأوله كتاب آداب القاضي ﴾

(فهرست الجزء السادس من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

﴿تمت﴾

